



Andréa Bueno Magnani Marin dos Santos

**Revisitando os direitos sociais: a (in)evitável densificação
jurisdicional?**

**Mestrado em Direito
Ciências Jurídico – Políticas**

Trabalho realizado sob a orientação da Professora Doutora Luísa Neto

Julho de 2013

Agradecimentos

A elaboração deste estudo não seria possível sem o auxílio e apoio constante de pessoas a quem devo minha amizade, carinho e devoção eternas.

A todos os meus amigos, muito obrigada pelos valiosos conselhos e infundável paciência.

Ao meu pai, minha mãe e minha irmã, por serem a essência do amor familiar.

Ao Douglas, por ser meu porto seguro.

À minha orientadora Professora Doutora Luísa Neto, pelo apoio e paciência que tornaram a distância oceânica que nos separava em um simples detalhe geográfico.

SUMÁRIO

RESUMO	1
INTRODUÇÃO	2
PARTE I – A JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	7
1 - Direitos sociais como direitos fundamentais	7
1.1 As dimensões dos direitos fundamentais.....	10
1.2 Direitos sociais e jusfundamentalidade	12
1.3. Direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988 e Portuguesa de 1976.....	15
2 - Conteúdo mínimo e proibição do não retrocesso.....	17
2.1 Direitos sociais enquanto trunfos contra maioria.....	17
2.2 A consideração do núcleo essencial dos direitos fundamentais	19
2.3 Restrições ou Limites aos Direitos Sociais.....	22
2.4 Ponderação ou sopesamento.....	29
2.5 Em especial, a proibição do retrocesso	33
3 - Reserva do possível e mínimo existencial.....	36
3.1 A definição do mínimo existencial.....	36
3.2 O custo dos direitos	39
3.3 A reserva do possível	40
4 - Implementação de direitos sociais e políticas públicas	44
4.1 Os custos da atuação estatal: entre o mínimo existencial e a reserva do possível.....	44
4.2 A delimitação das políticas públicas.....	46
4.3 Implementação dos direitos sociais - uma análise de conveniência e oportunidade?.....	48
PARTE II – A JUDICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	49
1 - O princípio da separação de poderes.....	49
1.1 – O poder judiciário no quadro das funções do Estado.....	52
1.2 – A separação de poderes como eventual óbice à intervenção judicial nas políticas públicas?.....	54
2 – A proposta do ativismo judicial	57
2.1 Os parâmetros de atuação do judiciário e a justiciabilidade dos direitos sociais.....	57
2.2 – A judicialização da política e a politização do judiciário	61
3 - A judicialização da reserva do possível e do mínimo existencial	65

3.1 – Os limites da intervenção judicial	67
3.2 – A suscetibilidade de restrição de base orçamental	70
3.3 – O ativismo no Brasil e Portugal: algumas decisões judiciais	75
CONCLUSÃO.....	84
BIBLIOGRAFIA.....	88

RESUMO

O objetivo deste estudo é abordar a relação dos direitos sociais – direitos fundamentais de segunda geração – com o poder judiciário. A força normativa atribuída à Constituição e, conseqüentemente, ao catálogo de direitos fundamentais nela previsto modificou o papel até então atribuído ao poder judiciário. O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais vincula a atuação estatal ao impor sua concretização. A inobservância desta obrigação – sob o fundamento de que os recursos financeiros existentes não seriam suficientes – abre oportunidade para que o judiciário, uma vez provocado, se manifeste. A definição das políticas públicas de implementação dos direitos sociais não está sujeita a um juízo de conveniência e oportunidade estatal, sob pena de se fazer letra morta da Constituição. A interferência jurisdicional é possível sempre que os ditames constitucionais relacionados aos direitos fundamentais sociais forem ignorados pelo Estado, encontrando-se nestes mesmos preceitos os limites e parâmetros desta ingerência.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, direitos fundamentais sociais, judiciário, ativismo judicial e políticas públicas.

ABSTRACT

This study aims to address the relationship between social rights - fundamental rights in its second generation – and the judiciary branch. The normative enforcement attributed to the Constitution and, consequently, to its fundamental rights' catalog provided therein changed the role previously assigned to the judiciary. The recognition of the social rights' fundamentality binds the state action. Once the government fails to comply this obligation – by arguing that the existing financial resources would not suffice – it is possible to the judiciary to act in order to obey the Constitution. The definition of public policies for social rights' implementation is not subject to government's choice; otherwise there will be no respect for the constitutional laws. The court interference is possible whenever the fundamental social rights are ignored by the state; the limits and parameters of this interference are given by the Constitution itself.

KEY WORDS: Constitution, fundamental social rights, judiciary, judicial activism and public policies.

INTRODUÇÃO

1. O presente trabalho centra-se na análise dos direitos fundamentais, precipuamente aqueles caracterizados pela doutrina como de segunda geração: os direitos econômicos, sociais e culturais.

Na Antiguidade, a sociedade era composta por grupos de classes e ordens sociais marcadamente diferenciadas, inexistindo direitos individuais do homem¹. Com o Absolutismo, tais classes desaparecem diante do poder soberano do Monarca, uma vez que os comandos do rei atingiam todos. Frente esse poder *desmedido e sem freios* – considerado como concedido por Deus – os burgueses viram-se tolhidos e ameaçados (sobretudo em seus bens), iniciando um movimento que culminou com a Revolução Francesa, ícone da luta pelos direitos do homem.².

Entre os séculos XVIII e XIX, tem lugar o Estado liberal, como consequência das revoluções havidas e com o propósito de defender os indivíduos diante do Poder Público. Surge aqui a previsão formal dos direitos fundamentais, o princípio da legalidade e a separação de poderes³.

A partir do *Bill of Rights* da Virgínia (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), os ideais de *liberdade e igualdade* – até então teorias filosóficas - são, de fato, adotados como fundamento estatal. O Estado deixa de ser absolutista, tornando-se um instrumento de concretização de finalidades que são postas antes e além de sua própria existência⁴. Como resultado, as liberdades individuais ficam fora do alcance do Estado, sendo asseguradas de forma ilimitada⁵ sem intervenção estatal.

Ainda na análise evolutiva, tem lugar o Estado Social de Direito - sucessor do Liberal – que destaca a ideia de “justiça”. As inúmeras críticas dirigidas ao liberalismo *moldaram* esse

¹“Os direitos aí eram direitos das pessoas enquanto membros desses grupos ou estamentos”, refere Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4 ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 23.

²Claudinei J. GÖTTEMS, A justiciabilidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais, In: *Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira*. Biriçuí: Boreal, 2008, p. 22-46, p.22.

³André Salgado de MATOS e Marcelo Rebelo de SOUSA, *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 3 ed. Alfragide: Dom Quixote, 2008, p. 103-108

⁴Na proposta de Norberto BOBBIO - *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49 - Os direitos do homem são reconhecidos como ponto de partida para um autêntico sistema de direitos.

⁵Não se pode ignorar, entretanto, que, nesse período, tais direitos eram assegurados aqueles que detinham o poder econômico, os burgueses. À “grande massa” proletária não era garantida liberdade alguma, até porque, neste momento, esta liberdade restringir-se-ia às questões de propriedade.

novo momento histórico que tem, nos direitos fundamentais de segunda geração, seu marco definidor, tornando-se ente estatal prestacional⁶.

O intervencionismo estatal – claro no *Welfare State* – conferiu nítida primazia ao poder executivo, responsável pela implementação das *promessas legislativas*. Até este momento o poder judiciário não tinha papel de destaque, situação que começa a se modificar a partir dos nefastos resultados da Segunda Grande Guerra. A justiça e a dignidade da pessoa humana são internalizados em documentos vinculantes tanto para os Estados quanto para particulares⁷. Concentram-se forças para que os valores da Declaração Universal dos Direitos do Homem sejam implementados nas constituições ao longo do globo.

2. Ainda que, em um primeiro momento, os direitos de liberdade tenham alcançado os holofotes desta relação - sobretudo diante da situação histórica que levou ao seu surgimento e da necessidade dos indivíduos *escaparem* do alvedrio do soberano – a jusfundamentalidade dos direitos sociais ganhou seu destaque.

De fato, e acompanhando a evolução histórica analisada, a doutrina divide os direitos fundamentais em gerações – ou dimensões como preferem alguns - de acordo com o momento histórico de seu surgimento⁸.

Os direitos de primeira geração surgem com a concepção de Estado liberal; há, aí, uma nítida proteção dos indivíduos em face da atuação estatal. São os direitos de liberdade. Na segunda geração, surgem os direitos sociais, resultado da relação burguesia/proletariado⁹ (No entanto, a despeito do cunho ideológico e filosófico de seus primórdios¹⁰ – que se aproximam

⁶“Assim se respondeu à objecção dos que afirmavam, não sem alguma razão, que os direitos à liberdade de expressão e de religião interessam pouco a um homem que não tem de comer. Os direitos económicos, sociais e culturais, de cariz positivo, passaram, por isso, a ser considerados também Direitos do Homem, ao mesmo título que os direitos civis e políticos negativos.” (Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 115)

⁷Não obstante este trabalho confira relevo à relação indivíduo/Estado, certo é que os direitos fundamentais são dotados, também, de eficácia horizontal, ou seja, perante entidades privadas e particulares, como acentua, entre outros, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1287.

⁸Ainda que o foco deste trabalho residir nos direitos de segunda geração, deve-se ressaltar que as definições e enquadramentos dos direitos de terceira e quarta gerações não são unânimes pela doutrina. Para Jorge MIRANDA (ob.cit., 2008, p. 28), por exemplo, na terceira geração incluem-se aqueles direitos relativos ao meio ambiente, autodeterminação, recursos naturais e desenvolvimento; e, na quarta, aqueles relacionados à bioética, engenharia genética, informática e demais tecnologias ligadas à sociedade do risco e da informação. Já Gomes CANOTILHO (ob.cit., 2003, p. 386) aponta a existência de diversos posicionamentos quanto à qualificação dos direitos dos povos como terceira ou quarta gerações.

⁹Ana Maria D'Ávila LOPES, *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p.64.

¹⁰Para Paulo BONAVIDES - *Teoria Geral do Estado*, 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012a, p. 134 -, o Estado Social, em seus primórdios, ancorava-se em constituições programáticas, cujo teor *meramente retórico* representava um ciclo de reduzida densidade normativa.

do contexto do Estado Socialista vertido nas constituições marxistas¹¹ -, os direitos sociais ganharam respeito e proteção no cenário constitucional no segundo pós-guerra¹².

Relacionando-se com a ideia de igualdade e impondo uma atuação estatal, os direitos sociais são prestacionais – no sentido da teoria social - , em que “*se intenta establecer una libertad real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos.*”¹³

De fato, e não obstante sua positivação, os direitos sociais foram, inicialmente, minorizados tendo em conta a respectiva previsão através de normas programáticas e dependentes de uma atuação estatal que poderia, ou não, ter lugar, de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade do poder público e, sobretudo, diante da discussão quanto à sua justiciabilidade.

Ademais, por envolver prestações positivas do Estado e, conseqüentemente, medidas concretas para sua implementação, a fruição dos direitos sociais envolve custos¹⁴ vinculados a disponibilidade orçamentária¹⁵. Ainda assim, não se pode perder de vista que a Constituição, ao estabelecer tais direitos fundamentais, não pode prescindir da respectiva garantia¹⁶.

¹¹Não obstante a aproximação, os direitos sociais na concepção socialista diferem daquela reconhecida em um Estado de Direito, uma vez que não se parte da ideia “*de uma esfera individual independente e livre do Estado, mas da ideia de cidadão activo que tem o direito e o dever de participar na vida política e económica, social e cultural da sociedade socialista*”, ensina Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 193.

¹²De acordo com Jorge MIRANDA (ob.cit., 2003, p. 97), o Estado Social de Direito “*não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito*”, uma vez que articula os direitos, liberdades e garantias com os direitos sociais, tornando efetiva sua tutela ao reforçar os mecanismos de garantia da constituição.

¹³Paulo Gustavo Gonet BRANCO, Inocêncio Mártires COELHO e Gilmar Ferreira MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155-156-

¹⁴Não se pode ignorar que, mesmo no tocante aos direitos, liberdades e garantias, há custos para o Estado, como veremos *infra*.

¹⁵Jorge Reis NOVAIS - *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010a, p. 345-346 - considera que “*a norma constitucional de garantia de um direito social traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional, em geral, não pode desde logo garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido.*”

¹⁶“*Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público. No hay derechos legalmente exigibles allí donde no hay deberes legalmente exigibles, y por esta razón, la leys sólo puede ser permissiva si al mismo tiempo es obligatoria. Lo que equivale a decir que no se puede obtener la libertad personal limitando la interferencia del gobierno en la libertad de acción y de asociación. Ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios público no lo molesten a uno. Todos son reclamos de una respuesta gubernamental afirmativa. En términos descriptivos, todos los derechos son definidos y protegidos por la ley. Una orden de restricción emitida por un juez cuyos requerimientos normalmente se obedecen es un buen ejemplo de ‘intrusión’ gubernamental en defensa de la libertad individual. Pero el gobierno en un nivel aún más fundamental cuando las legislaturas y los tribunales definen los derechos que los jueces habrán de proteger.*”

3. Neste trabalho, pretende-se analisar a atuação assertiva do poder judiciário na implementação dos direitos fundamentais de segunda geração. Embora conhecidas as críticas direcionadas a esta postura *ativista*, não se pode ignorar que, em certa medida, a inércia do executivo possibilitou - ou impôs - o incremento da atuação jurisdicional.

Noções voltadas ao *mínimo existencial* e à *reserva do possível* tornam-se presentes quando se empreende o debate sobre a implementação dos direitos sociais. Não são poucos os exemplos, na jurisprudência brasileira, de decisões que impõem a observância e implementação do direito à saúde, educação, segurança, entre outros.

Os direitos fundamentais – trunfos contra o Estado – não se limitam a juízos de conveniência e oportunidade, ainda que não sejam ignoradas as limitações de recursos que envolvem o poder público. Entretanto, até que ponto podem elas serem consideradas como justificativas válidas para que a não concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais é pergunta que se apresenta.

Para seguir este *iter*, o trabalho foi estruturado em duas partes. Na primeira, abordar-se-á os direitos fundamentais e a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Para tanto, demonstrar-se-á que os referidos direitos são *trunfos* que asseguram às minorias a proteção em caso de inércia das majorias na implementação dos ditames constitucionais. Nesta parte, serão analisados, ainda, os argumentos utilizados para justificar a não implementação dos referidos direitos sociais, como seus custos e a reserva do possível. De outro turno, pretende-se demonstrar que a ideia de núcleo essencial e mínimo existencial impõem sua concretização, ainda que seja necessária a ponderação de interesses.

Já a segunda parte centra-se na possibilidade de intervenção do poder judiciário na implementação das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais e seus limites. Nesta oportunidade, analisa-se o princípio da separação de poderes, um dos argumentos mais utilizado para afastar a interferência judicial nos direitos sociais. Ainda nessa segunda parte, são analisadas algumas decisões da Corte Constitucional do Brasil e Portugal no tocante aos direitos sociais. Pretende-se, ao final, concluir que os direitos sociais, como garantias jusfundamentais que são, não podem se submeter à definição estatal do tempo ou modo de sua implementação e observância. Ainda que envolvam custos, devem ser concretizados, sob pena

Toda orden de hacer o no hacer, a quienquiera que vaya dirigida, implica tanto una concesión afirmativa de un derecho por parte del Estado como un legítimo pedido de ayuda dirigido a uno de sus agentes.” -Stephen HOLMES e Cass R. SUSTEIN. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 64.

de intervenção do poder judiciário na defesa dos interesses do indivíduo e, em última análise, da própria Constituição.

PARTE I – A JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

1 - Direitos sociais como direitos fundamentais

A abordagem dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais perpassa – como não poderia deixar de ser – a própria análise destes¹⁷. O reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais depende do estudo dos direitos fundamentais. E, indo mais além – numa perspectiva anterior e posterior, se se quiser –, dos próprios direitos humanos. O pensamento jusnaturalista – com sua concepção de que o homem é titular de direitos naturais e inalienáveis – tem sua gênese na religião e na filosofia. Vislumbra-se, no pensamento cristão, a igualdade dos homens perante Deus (feitos à sua imagem e semelhança); e, na evolução do pensamento filosófico, a maturação dos direitos naturais do indivíduo (vida e liberdade).¹⁸

Não se pode ignorar que, ao longo de séculos, o jusnaturalismo teve diversas vertentes e teorias. Nada obstante a relevância do tema, ele não se adequa ao escopo e extensão deste trabalho. Assim, para os propósitos deste estudo, limitar-se-á a análise à relação entre o direito natural e os direitos humanos e, em última linha, destes com os direitos fundamentais¹⁹.

Para o jusnaturalismo, os direitos humanos têm sua origem no direito natural, no feixe de valores éticos que permeia a racionalidade humana.²⁰ O positivismo, por seu turno, afasta a possibilidade de atribuir fundamento absoluto a tais direitos²¹.

¹⁷“(…) a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.”, escreve Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36.

¹⁸ SARLET (2012, p. 40).

¹⁹Para Paulo BONAVIDES (2012a, p. 146), o jusnaturalismo tem como característica marcante a definição do indivíduo como matriz do direito e do Estado. Para Luísa NETO (2004, p. 79), o Direito Natural é fundamento do direito positivo. “*Está no seu ponto de partida e não na sua meta, o que não quer dizer que não seja um progresso da ordem jurídica o predomínio cada vez maior do elemento moral, nos elementos constitutivos do bem comum.*”

²⁰Jorge MIRANDA (2008, p. 16) relaciona os próprios direitos fundamentais com o direito natural, ressaltando, contudo, que nele não se esgotam.

²¹Acentuam Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS -, *Definição e características dos direitos fundamentais*. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009, p. 122 - “Um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico Mas como alerta Norberto Bobbio(2004, p. 38), o “fundamental” em uma época pode não ser em outra.

O surgimento – ou reconhecimento - dos direitos fundamentais relaciona-se com a própria ideia de Constituição, pois são considerados elementos de legitimação da ordem jurídica positiva, sustentáculo de um *sistema de valores*²².

Com a “codificação”²³ destes direitos pela Declaração de Direitos do povo da Virgínia, em 1776, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, o homem – sua liberdade e igualdade²⁴ – é posto no centro do ordenamento. Valores que, até então, eram considerados teóricos, tornam-se direitos²⁵; são os direitos do homem, os direitos humanos.²⁶

A existência dos direitos fundamentais guarda estreita – e indispensável – relação com a figura do Estado. É a proximidade do indivíduo com o poder – sua submissão a ele – que confere, em parte, *fundamentalidade* a alguns direitos. Não se ignora, por certo, que essa característica “fundamental” decorre, também, da própria essência dos direitos em análise, de sua relação com a dignidade humana, liberdade e igualdade, dentre outros aspectos. Contudo, este liame não ganharia destaque se não houvesse a necessidade de fortalecer o indivíduo em sua relação com o Estado.

O primeiro impulso para esse fortalecimento surge com as revoluções do século XVIII e a consequente formação do Estado liberal²⁷. Neste primeiro momento, os direitos fundamentais

²²Neste sentido, Cristina QUEIROZ, *Direitos Fundamentais – Teoria geral*, 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 49.

²³Com o termo “codificação”, adota-se o entendimento de que a *positivação* de tais direitos nada mais fez que *declará-los*. Não se trata, portanto, da criação de direitos. Tal entendimento decorre do reconhecimento de que os direitos humanos decorrem do direito natural, de forma tal que sua positivação só fez declarar o que já preexistia. “(...) *el derecho natural se trasvasa al derecho positivo porque con éste y a través de éste ingresa a la dimensión sociológica del mundo jurídico (positivización del derecho natural), y el derecho positivo retiene la naturalidad de los derechos humanos porque da encarnadura al deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural (neutralidad del derecho positivo). El contacto recíproco entre derecho natural y derecho positivo permite esclarecer lo que en el segundo hay de reconocimiento tanto como de carácter constitutivo de los derechos, ya que la fase de reconocimiento es la positivización o recepción de los derechos naturales del hombre en el mundo jurídico, y la fase constitutiva – sin separarse en lo real de la otra – implica ‘constituir’ (o transformar) en derechos positivos a los que, previamente, el deber ser ideal del valor exige como devidos a la persona humana.*”, esclarece Germán J. Bidart CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 103-104.

²⁴“Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão)

²⁵“A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa bem proclamara que Constituição era direito fundamentais e separação de poderes, mas, por mais de século e meio, os direitos fundamentais permaneciam no limbo da mera proclamação política simbólica em contraste com a dominância jurídico-formal da ideia de separação de poderes.” (NOVAIS, 2010a, p. 22)

²⁶Mauro de Azevedo MENEZES - *Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil. Interpretação na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 40 afirma residir aí a origem concreta dos direitos humanos. No mesmo sentido, SARLET (2012, p. 44): “*Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.*”

²⁷“*Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal.*” (MIRANDA, 2008, p. 26)

limitavam-se a uma abstenção estatal; são os direitos de defesa relacionados à proteção da liberdade e igualdade dos indivíduos²⁸.

A conquista obtida mostrou-se insuficiente, evidenciando que a garantia de liberdade e igualdade era meramente formal por não alcançar a extensão esperada²⁹. Surgiram os movimentos sociais (sobretudo de trabalhadores) que culminaram com o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais. Na lição de Ingo Sarlet³⁰ a liberdade, nesta nova fase, se alcançou por intermédio do Estado.

A positivação destes direitos sociais tem seu ponto de partida na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar em 1919. Em decorrência dos movimentos sociais operários, amplia-se o catálogo de direitos fundamentais³¹. É o Estado Social que toma forma como resultado das preocupações sociais.^{32/33}

Confere-se eficácia às normas constitucionais, com o reconhecimento da *força normativa* da Constituição. A supremacia da lei – fruto do surgimento dos direitos de liberdade e garantias – cede perante a constituição; fala-se em um Estado Constitucional de Direito. Os direitos fundamentais vinculam o Estado, delimitando o âmbito e a forma de elaboração das leis; como normas constitucionais, situam-se no topo hierárquico normativo, influenciando e delimitando todo o ordenamento³⁴.

²⁸Ingo SARLET (2012, p. 46-47) esclarece que, neste período, os direitos fundamentais são frutos do pensamento liberal (individualista, portanto); prestavam-se a proteger o indivíduo diante do Estado, impondo a este uma abstenção, um respeito à esfera de autonomia individual.

²⁹“(…) não havia lugar para verdadeira controvérsia nas Constituições de Estado de Direito liberal, designadamente nas Constituições elaboradas nos séculos XVIII e XIX. Direitos fundamentais eram aí, essencialmente, as liberdades negativas que protegiam os cidadãos auto-suficientes, mais precisamente as suas esferas de autonomia e liberdade pessoal (a vida, a liberdade, a propriedade), das interferências e invasões não programadas do Estado e da Administração.” (NOVAIS, 2010a, p. 66). Já Jorge Miranda (2008, p. 27) esclarece que, ainda que se tratassem de direitos *de todos*, houve a limitação de seu gozo àqueles que detinham recursos econômicos.

³⁰SARLET (2012, p. 47).

³¹“A ideia de que o Estado de direito podia, como Estado liberal, intervir o mínimo possível na liberdade do particular foi complementada com a ideia de que, como Estado social, tinha em primeiro lugar de criar e assegurar as condições de liberdade.”, nas palavras de Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK, *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

³²Paulo Bonavides (2012a, p. 383) ressalta que, mesmo antes da expressão “Estado Social”, “*semelhante forma de poder já se desenhava com a nitidez de uma promessa revolucionária, vazada nas Constituições do México e da Alemanha*”.

³³Neste sentido, Luísa Cristina Pinto e NETTO, *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.31.

³⁴“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”, reiterava BOBBIO (2004, p. 43).

1.1 As dimensões dos direitos fundamentais

A divisão dos direitos fundamentais em gerações (ou dimensões³⁵) criou, de forma estanque no início, a ideia de que os direitos de liberdade (primeira geração³⁶) seriam negativos (um não fazer estatal), enquanto que os econômicos, sociais e culturais (segunda geração), por envolver uma atuação estatal, seriam positivos³⁷.

Atualmente, tem-se reconhecido que mesmo os direitos de liberdade impõem uma atuação estatal (ainda que em menor medida que os direitos sociais). Não há como assegurar o direito à propriedade sem que seja colocado à disponibilidade do indivíduo todo um aparato de segurança pública³⁸. Assim, mesmo os direitos considerados como de primeira geração têm custos e demandam do Estado um *facere*. Ademais, não se pode ignorar que, ao lado da implementação de um *facere* (decorrente da dimensão positiva³⁹ do direito) surge um direito negativo que impede que o Estado restrinja (ou afete negativamente) as medidas de proteção ou promoção já realizadas.⁴⁰

Também no tocante à análise das dimensões⁴¹, é atribuído aos direitos fundamentais uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A primeira relaciona-se com a ideia de direito subjetivo individual, enquanto a segunda refere-se à sua natureza de valor comunitário, ou seja, valor social que deve ser observado e implementado pelo Estado⁴². Reconhecidos como *trunfos*

³⁵Ingo SARLET (2012, p. 45) alerta para a impropriedade do termo “geração” diante da relação de complementaridade existente na inclusão de novos direitos fundamentais. Para ele, “dimensão” é o termo mais adequado para representar o processo cumulativo de reconhecimento progressivo dos aludidos direitos.

³⁶“(…) são direitos que protegem o indivíduo contra o arbítrio ou abuso do Estado. Compreendem os direitos individuais ou civis e políticos, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança, a liberdade de consciência e de expressão.” (LOPES, 2010, p. 63)

³⁷“Tradicionalmente, os direitos econômicos, sociais e culturais, abreviadamente os 'direitos fundamentais sociais', eram vistos como 'direitos a prestações' (crêances), isto é, direitos que em vez de exigirem ou postularem uma abstenção por parte do Estado, requeriam, ao invés, uma 'ação positiva', um *facere*, que se traduzia na prestação de algum 'bem' ou 'serviço'”. (QUEIROZ, 2010, p. 182)

³⁸“(…) o Estado está obrigado a proteger, desde logo porque, assumindo o monopólio do uso da força coercitiva legítima, fica obrigado à protecção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares.(...)Estes deveres estatais de protecção são, por natureza, essencialmente realizados através de actuações positivas, normativas ou fácticas, orientadas à protecção efectiva dos bens jusfundamentais.” (NOVAIS, 2010a, p. 260)

³⁹“Portanto, a dimensão positiva dos direitos sociais que aqui consideramos é exclusivamente a que, como resultado de uma enunciação normativa constitucional meramente lapidar, genérica, de *prima facie*, se traduz na exigência de promoção estatal do acesso individual a bens protegidos pelos direitos sociais através de prestações fácticas com um custo financeiro directo.” (NOVAIS, 2010a, p. 190)

⁴⁰Neste sentido, NOVAIS (ob.cit. 2010a), p. 283.

⁴¹A fim de evitar equívocos relacionados com a terminologia também aplicada às gerações, Ingo Sarlet (2012, p. 142) adota, neste particular, a expressão *perspectiva* objetiva e subjetiva.

⁴²Para Merlin Cléve (Clemerson Merlin CLÉVE, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano II, número 8, jul/set 2003, p. 155), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais envolve a *autorização* conferida ao seu titular para reclamar em

contra o Estado, vislumbra-se nos direitos fundamentais, mais facilmente, a perspectiva subjetiva⁴³; o reconhecimento de uma pretensão de exigir determinado comportamento ou abstenção⁴⁴.

Na dimensão subjetiva, não obstante a titularidade coletiva presente em determinadas situações, estabelece-se estreita relação dos direitos fundamentais o indivíduos; são direitos e são, de acordo com Vieira de Andrade⁴⁵, universais e permanentes, pois pertencem a todos os homens, sem privilégios.

Para Ingo Sarlet⁴⁶, a ideia de *direitos fundamentais subjetivos* confere ao seu titular a possibilidade de *fazer valer judicialmente* os poderes ou liberdades contidos na norma consagradora⁴⁷. Vê-se, neste particular, a ideia de justiciabilidade dos direitos fundamentais.

Além desta ideia de defesa ou prestação, reconhece-se uma dimensão objetiva em que os direitos fundamentais encartam decisões político-constitucional valorativas⁴⁸ que alcançam todo o ordenamento jurídico, vinculando as três esferas de poder.

A dimensão objetiva – fruto do papel dos direitos fundamentais na ordem constitucional⁴⁹ - não se esgota na ideia do direito subjetivo⁵⁰. Os valores assumidos por constituições

juízo determinada conduta (omissiva ou comissiva). Já a partir da dimensão objetiva, vislumbra-se o dever de respeito e o compromisso assumido pelos poderes constituídos com o encarte, na Constituição, de tais valores.

⁴³ “Vamos, assim, considerar o direito subjetivo como dimensão principal, que abrange todas as faculdades susceptíveis de referência individual, reduzindo a dimensão objectiva a uma «pura dimensão objectiva», em que só têm lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais.”, José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 111.

⁴⁴ Vejam-se BRANCO; COELHO; MENDES (2011), p. 189. A discussão em torno do conceito e natureza do *direito subjetivo* é vasta e, para os propósitos deste trabalho, não se faz possível. Assim, a análise da dimensão subjetiva envolve o direito subjetivo entendido como *pretensão* de exigir determinada conduta. Robert ALEXY - *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012, p. 192-193 - alerta para diversidade terminológica do termo *direito subjetivo*. Para solucionar, recomenda que a expressão seja utilizada como um *supraconceito* que abrange situações distintas. (Robert

⁴⁵ ANDRADE (2009, p. 116)

⁴⁶ SARLET (2012, p. 305)

⁴⁷ Bidart CAMPOS (1991, p. 19), em sentido diametralmente oposto, entende que essa exigibilidade judicial é decorrência da garantia trazida pelos direitos fundamentais e não do direito subjetivo nele contido. Para o autor argentino, a impossibilidade ou mitigação da justiciabilidade não impede o reconhecimento da existência de um direito subjetivo.

⁴⁸ “Por ser expresión del conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de una sociedad consagrados em su normativa constitucional, los derechos fundamentales contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico constitucional.”, Antonio E. Perez LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 22

⁴⁹ De acordo com George MARMELESTEIN - *Curso de Direitos Fundamentais*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 365 -, os direitos fundamentais ocupam posição estratégica na fundamentação e legitimação do sistema normativo, sendo considerados um *filtro* necessário à interpretação das demais normas jurídicas.

⁵⁰ Neste ponto, Vieira de Andrade (2009, p. 109) esclarece que os direitos fundamentais não podem ser pensados somente a partir do indivíduo e sua titularidade. Devem ser vistos, também, como valores comunitários.

democráticas, em Estados de Direito, são revelados pelos direitos fundamentais positivados, vinculando os poderes constituídos e os particulares⁵¹ ao instituir deveres de proteção⁵².

Nesta perspectiva objetiva, evidencia-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social com a inclusão, no rol de direitos fundamentais, dos direitos sociais. Além de limitar o exercício do poder estatal, instituem-se obrigações positivas para o Estado como resultado do surgimento de um novo conjunto de valores e finalidades.⁵³

O doutrinador português Vieira de Andrade⁵⁴ aponta, no tocante à dimensão objetiva, a existência de *planos* diferenciados que não podem ser confundidos. Como dimensão valorativa, os direitos fundamentais revelam valores adotados pela sociedade que limitam seu exercício⁵⁵ (afetam, portanto, a dimensão subjetiva vista)⁵⁶. Há, neste particular, uma *mais-valia* jurídica, um *reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais*⁵⁷. Os valores encartados na Constituição – e assumidos pela comunidade – definirão a fundamentalidade dos direitos e, conseqüentemente, dos direitos sociais. Por outro lado, o reconhecimento de sua subjetividade assegura, aos seus titulares, a possibilidade de buscar, com o poder judiciário, a implementação não levada a cabo pelos poderes executivo e legislativo.

1.2 Direitos sociais e jusfundamentalidade

Para analisar a possibilidade da intervenção judicial na implementação de políticas públicas – e conseqüente concretização dos direitos sociais – faz-se necessário estabelecer a fundamentalidade dos direitos sociais.

⁵¹No esteio da lição de Jorge Miranda(2008, p. 299), os direitos fundamentais apresentam uma eficácia horizontal que impõe aos particulares (terceiros) o dever de respeito e observância de certos e determinados assegura, ao titular do direito fundamental, seu exercício e proteção.

⁵² Neste sentido, BRANCO; COELHO; MENDES (2011, p. 189)

⁵³ Neste sentido, LUÑO (2005, p. 22)

⁵⁴ ANDRADE (2009, p. 134)

⁵⁵ “Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão 'técnica' de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma 'cultura jurídica' e 'política' determinada, numa palavra, um concreto e objectivo 'sistema de valores'.” (QUEIROZ, 2010, p. 49)

⁵⁶ “Por isso mesmo, não deve alargar-se a ideia de uma presunção a favor da dimensão subjetiva – que deve valer, como vimos, na medida em que represente o predomínio natural do direito subjectivo na matéria dos direitos fundamentais – ao ponto de pretender subordinar à lógica dos direitos fundamentais toda a actividade pública.” (ANDRADE, 2009, p. 146)

⁵⁷SARLET (2012, p. 144). Vieira de ANDRADE (2009, p. 149-150) menciona, neste ponto, o *efeito da inconstitucionalidade* e o *efeito da interpretação*. Há, aí, uma *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento, seja para reconhecer a inconstitucionalidade de normas que lhe sejam contrárias, seja para impor seu conteúdo como vetor interpretativo.

Vê-se na dignidade da pessoa humana a finalidade última (e primeira) dos direitos fundamentais⁵⁸. Com ela, explicita-se a ideia de *homem* que vem se construindo ao longo da história⁵⁹. O artigo 1º da Constituição brasileira inclui a dignidade da pessoa humana dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil (ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político). Também a Constituição portuguesa inclui a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da República, em conjunto com a soberania, vontade popular e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1º).

A fundamentalidade do direito vincula-se à própria figura do homem; daí porque se considera que tais direitos foram reconhecidas e não instituídos, o que inviabiliza que o Estado lhes negue vigência⁶⁰.

A dignidade da pessoa humana envolve, portanto, um núcleo de integridade que deve ser assegurado a cada indivíduo pelo simples fato de *existir*. Por intermédio dela, assegura-se, ao ser humano, condições materiais de subsistência.⁶¹

A natureza *fundamental* de um direito decorre tanto de seu conteúdo, quanto de sua inclusão no rol constitucionalmente positivado. Tem-se, aí, a divisão entre direitos materialmente fundamentais e formalmente fundamentais (ou fundamentalidade formal e material).

A fundamentalidade formal decorre de sua inclusão no topo hierárquico do ordenamento jurídico⁶²; independentemente do conteúdo, são direitos formalmente fundamentais aqueles

⁵⁸ “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.” (MIRANDA, 2008, p. 197)

⁵⁹ Vieira de ANDRADE (2009, p. 81). O mesmo autor (2009, p. 97) esclarece que o grau de vinculação dos direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana pode ser diferente quando analisados os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais. Mas afirma: “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.” No mesmo sentido alerta Ingo SARLET (2012, p. 111): “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais (...).”

⁶⁰ QUEIROZ (2010, p. 81)

⁶¹ Ricardo Maurício Freire SOARES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

⁶² Gomes CANOTILHO (2003, p. 379) aponta quatro dimensões para a fundamentalidade formal: a) as normas fundamentais estão colocados no topo da ordem jurídica; b) por se tratar de norma constitucional, estão submetidas a procedimento diferenciado (e mais rigoroso) de revisão; c) sendo normas fundamentais, constituem limites à própria revisão; d) vinculam imediatamente os poderes públicos e, em consequência, parametrizam as escolhas, decisões e condutas públicas. No mesmo sentido é o entendimento de Ingo SARLET (2012, p. 74-75).

incluídos no catálogo constitucional⁶³. De outro turno, são direitos materialmente fundamentais aqueles cujo conteúdo relaciona-se com as *estruturas básicas do Estado e da sociedade*, como se lhes refere Canotilho⁶⁴. A partir da análise de seu conteúdo que se verifica sua fundamentalidade material.

Há, portanto, direitos fundamentais outros, além dos previstos no corpo constitucional⁶⁵, o que leva ao reconhecimento da abertura do catálogo inicialmente previsto. Para Cristina Queiroz⁶⁶, a proteção demandada muda de acordo com o momento histórico-cultural vivido, de forma que a abertura aludida possibilita “*que todos esses novos direitos possam ser defendidos contra os 'novos' perigos que possam surgir no 'decurso de tempo'.*”

A fundamentalidade de um direito decorre, portanto, de sua inserção no texto constitucional e de seu conteúdo e significado.⁶⁷

Conclui-se, portanto, que os direitos sociais são formal e materialmente fundamentais, em razão de sua expressa previsão no texto constitucional e estreita relação com aquele núcleo essencial de sobrevivência e subsistência humana.

A dimensão prestacional dos direitos sociais⁶⁸ impõe uma atuação positiva do Estado para sua implementação⁶⁹. Com sua garantia constitucional, emerge o dever do Estado de estabelecer condições materiais indispensáveis ao seu exercício e, consequentemente, o direito do indivíduo de exigí-las⁷⁰.

Ainda que a atuação estatal seja diferenciada nos direitos sociais e nos direitos de liberdades e garantias, inexistente entre eles antagonismo ou conflitos. Os direitos sociais são os mesmos direitos fundamentais “*à luz de um novo exame*”, na expressão de Paulo Bonavides⁷¹

⁶³ “A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.” (ALEXY, 2012, p. 520)

⁶⁴ CANOTILHO (2003, p. 379)

⁶⁵ Em sentido contrário, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS (2009, p. 120) afastam, de forma expressa, a existência de direitos fundamentais fora do conteúdo constitucional.

⁶⁶ QUEIROZ (2010, p. 61)

⁶⁷ As constituições brasileira (artigo 5º, § 2º) e portuguesa (artigo 16º/1) reconhecem, de forma expressa, a fundamentalidade de outros direitos além daqueles expressamente previstos em seu texto.

⁶⁸ Robert ALEXY (2012, p. 499-500) diferencia os direitos a prestações expressamente garantidos e aqueles atribuídos por interpretação, uma vez que a constituição alemã, salvo poucas exceções, não contém um catálogo de direitos sociais. Diante do extenso rol de direitos sociais trazido pelas constituições portuguesa e brasileira, não se vislumbra esta dualidade. Não se pode olvidar, entretanto, que o catálogo de direitos fundamentais é aberto, abraçando a inclusão de direitos outros além daqueles trazidos no texto constitucional.

⁶⁹ Vieira de Andrade considera os direitos sociais como direitos a prestações materiais por excelência. (2009, p. 179) Para Reis Novais, o dever de *promover* o acesso aos bens jusfundamentais agrega-se, nos direitos sociais, aos já reconhecidos deveres de respeito e proteção. (2010a, p. 261-262)

⁷⁰ CANOTILHO (2003, p. 477)

⁷¹ Paulo BONAVIDES, *A Constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*, 3 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p.185.

Mesmo quando não previstos expressamente no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, os direitos sociais têm natureza fundamental reconhecida a partir de sua relação com o indivíduo e sua dignidade. Assegurar condições de subsistência e sobrevivência àqueles que não têm condições de alcançá-las por si implementa os valores inerentes a um Estado Social, mais ainda, a um Estado de Direito.

1.3. Direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988 e Portuguesa de 1976

Na vigente Constituição brasileira, os direitos econômicos, sociais e culturais encontram sua previsão no Capítulo II, artigos 6º a 11⁷². Por seu turno, a Constituição portuguesa em vigor dispõe sobre os aludidos direitos em seu Título III, artigos 58 a 79⁷³.

Em ambos os países, o legislador constituinte elencou um extenso rol de direitos sociais não deixando, ao legislador ordinário, a tarefa de decidir quais direitos sociais são ou não previstos no ordenamento. Afastou-se, assim, a necessidade de recorrer a cláusulas gerais como igualdade e socialidade, não deixando dúvidas sobre sua densificação⁷⁴.

Não obstante seja correto afirmar que os direitos sociais demandam uma atuação estatal, os direitos sociais não são indetermináveis⁷⁵, uma vez que as constituições brasileira e portuguesa especificam com clareza os ditames relacionados aos direitos sociais.

No tocante à aplicabilidade, discute-se, diante do texto constitucional português e brasileiro, se os direitos sociais são, tal qual os direitos, liberdades e garantias, imediatamente aplicáveis. O artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira, estabelece que as “*normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. (BRASIL, 1988) Não obstante esteja contido no capítulo atinente aos *direitos e deveres individuais e coletivos*, é

⁷²De acordo com o artigo 6º “*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*” (BRASIL, 1988)

⁷³Os dispositivos da Constituição portuguesa tratam do direito ao trabalho, consumidores, segurança social e solidariedade, saúde, habitação e urbanismo, infância e juventude, educação, entre outros.

⁷⁴NETTO (2010, p. 89-90). De acordo com Gomes CANOTILHO (2003, p. 1201), densificar uma norma é “*preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.*”

⁷⁵Jorge Reis NOVAIS (2010a, p. 142), por outro lado, considera que o direito social “*não é suficientemente determinado no plano constitucional*”, impondo-se ao legislador ordinário determinar as prestações devidas. Cristina QUEIROZ (2010, p. 187) também aponta para uma *indeterminabilidade jurídico-constitucional*, ao afirmar que não há direito à saúde, mas *um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde*. Não obstante o posicionamento aludido, parece ter razão Jorge Miranda (2008, p. 152) ao afirmar que nos direitos sociais como a saúde, habitação, entre outros, há relativa nitidez quanto ao conteúdo que a Constituição lhes empresta.

reconhecida sua aplicação a todo o rol de direitos fundamentais⁷⁶. Na Constituição portuguesa, é o nº1 do artigo 18 que estabelece que os “*preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.*” (PORTUGAL, 1976) Com texto mais restritivo que o brasileiro, a Constituição lusitana limita a aplicabilidade imediata aos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias. Ainda assim, é possível defender sua extensão aos direitos sociais quando considerado, como entende Gomes Canotilho, que esta aplicação direta limita a atuação do legislador ordinário⁷⁷.

Há, ainda, outro aspecto a ser considerado. O artigo 60, § 4º, da Constituição brasileira, estabelece as chamadas *cláusulas pétreas*: temas imutáveis por preservar valores buscados pelo constituinte originário⁷⁸. Não obstante o inciso IV do aludido parágrafo aluda aos *direitos e garantias individuais*, considera-se que o constituinte originário incluiu, no rol de cláusulas imutáveis, todo o rol de direitos fundamentais.⁷⁹

O artigo 288 da Constituição portuguesa, ao especificar os limites materiais de revisão constitucional, incluiu expressamente os *direitos, liberdades e garantias dos cidadãos*. Ainda assim, Jorge Miranda⁸⁰ defende a inclusão dos direitos sociais nos referidos limites, uma vez que a democracia econômica, social e cultural é objetivo da República Portuguesa.

A inclusão dos direitos sociais entre os limites de revisão e o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata é fruto de sua jusfundamentalidade. Se é certo que os direitos sociais são direitos fundamentais – e assim o é – também deve ser cristalina a aceitação de seu lugar de destaque no ordenamento jurídico. Está-se diante, tanto no Brasil quanto em Portugal, de direitos que, tanto formal quanto materialmente, detém a inequívoca característica da fundamentalidade.

⁷⁶Ingo SARLET (2012, p. 281) destaca a aplicação do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, aos direitos sociais, porém ressalva, que a eficácia de cada um deles dependerá das peculiaridades da situação apresentada e da forma de sua positivação. Gonet BRANCO, Inocêncio COELHO e Gilmar MENDES (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 175), não obstante reconheçam a aplicabilidade imediata aludida, apontam que alguns direitos dependem de *complementação legislativa*.

⁷⁷CANOTILHO (2003, p. 1179). No mesmo sentido, Jorge MIRANDA (2008, p. 289) aponta efeitos que evidenciam sua extensão aos direitos sociais: a) proibição de normas legais contrárias ou adoção de comportamentos que tentem impedir a produção de efeitos do direito; b) utilização como critérios para interpretação sistemática.

⁷⁸BRANCO; COELHO; MENDES (2011, p. 139).

⁷⁹Ingo Wolfgang SARLET, *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009, p. 227-228.

⁸⁰MIRANDA (2008, p. 363-364)

2 - Conteúdo mínimo e proibição do não retrocesso

A premissa de que os direitos fundamentais são universais e absolutos decorre de sua origem jusnaturalista em que sua titularidade é atribuída a todos pela tão só qualidade de ser humano. Este posicionamento, contudo, não se sustenta⁸¹, uma vez que estes direitos sofrem restrições⁸². Entretanto, o reconhecimento de sua *relatividade* não leva à conclusão de que podem sofrer quaisquer restrições, a qualquer momento – e pior – por quem quer que seja. A utilização do argumento de que *não são absolutos* é inaceitável para justificar a não implementação dos direitos sociais. Uma vez reconhecida a possibilidade de restrição, questiona-se: quais os limites? Esta resposta é dada pelo conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, pelo reconhecimento de que há um núcleo a ser protegido em quaisquer circunstâncias. Reside nele a essência do direito fundamental, ou melhor, aquilo que lhe confere fundamentalidade. Mas como se define tal conteúdo mínimo? Já aqui a resposta não é de fácil alcance.

2.1 Direitos sociais enquanto trunfos contra maioria

Os direitos sociais asseguram, aos seus titulares, *armas contra o Estado*, sobretudo contra a inação estatal. A ideia dos direitos enquanto trunfos contra a maioria – defendida por Reis Novais⁸³ – realça a impossibilidade estatal – um Estado de Direito, por certo, uma vez que se discutem “direitos” – de *quebrar a força jurídica de um direito fundamental* em decorrência da vontade política da maioria. A posição jurídica individual goza de primazia inclusive em face dos poderes constituídos, não obstante sejam estas escolhas da maioria⁸⁴.

⁸¹ “Não será seguramente novidade afirmar neste momento que os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias, não são absolutos nem ilimitados. (...) Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a Constituição não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários.” (ANDRADE, 2009, p. 263-264)

⁸² A adoção do termo “restrição” não é aleatória, como será adiante demonstrado.

⁸³ Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 31.

⁸⁴ “A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal qual está claramente explicitada no art. 3º da Constituição – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficáciais (...). Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios

Desenvolve-se, assim, uma Todo o poder emana do povo, cabendo a ele a escolha de seus representantes legais⁸⁵. Mas, o que (ou quem) é o *povo*?

Do absolutismo à democracia, seu reconhecimento modificou-se; em um primeiro momento, tido como objeto, tornou-se sujeito na democracia que se seguiu. Politicamente, *povo* é o corpo eleitoral fruto da implantação de um sufrágio universal. Juridicamente, *povo* é o conjunto de indivíduos pertencentes a determinado Estado e vinculado ao seu ordenamento jurídico; relaciona-se aqui com cidadania⁸⁶, com a *esfera de capacidade* da qual derivam direitos ou deveres⁸⁷.

A ideia de democracia e, com ela as noções políticas de povo, cidadania, nação, não se afasta do conceito de Estado de Direito. Gomes Canotilho⁸⁸ afirma que uma *ordem de domínio legitimada pelo povo* estrutura-se como um Estado Constitucional, um Estado de direito democrático. É no princípio da soberania popular que se constitui o Estado Constitucional. Ao lado de um Estado de Direito ou Constitucional, a democracia demanda o reconhecimento de direitos fundamentais para seu regular funcionamento, uma vez que a partir dos direitos políticos – da participação de todos – que o ideal democrático se consolida e concretiza⁸⁹. A igualdade entre os indivíduos e a liberdade de sua participação – frutos da dignidade humana⁹⁰ – revelam o poder democrático⁹¹.

Como trunfos, os direitos fundamentais alcançam as relações dos particulares com o Estado (conferindo-lhes posição firme frente às decisões da maioria política) e entre os próprios particulares. Nas duas hipóteses, os direitos fundamentais são *armas de defesa*

contramajoritários, equivale à volonté générale, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.”, Lenio Luiz STRECK, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-77.

⁸⁵No caso do Brasil, deputados e senadores no âmbito federal, deputados nos estados e vereadores nos municípios. Não se pretende aqui uma análise pormenorizada do sistema representativo ou eleitoral brasileiro. Até porque, dada as diversas discussões existentes, tal tema ensejaria um trabalho por si.

⁸⁶Da mesma forma, as questões relacionadas à cidadania são muitas; discussões voltadas aos sistemas de reconhecimento são incontestavelmente interessantes e instigantes, porém, em face das limitações inerentes a este trabalho, não serão objeto de análise ou enfrentamento.

⁸⁷Paulo BONAVIDES, *Ciência Política*, 19 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012b, p. 81-82.

⁸⁸CANOTILHO (2003, p. 98)

⁸⁹“Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos.”, Jürgen HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Vol. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 127.

⁹⁰“Numa sua concepção compatível com o facto do pluralismo próprio de uma sociedade aberta, a dignidade da pessoa humana significa a insusceptibilidade de tratamento da pessoa como mero objecto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado”. (NOVAIS, 2006, p. 30)

⁹¹Neste sentido, NOVAIS (2006, p. 20).

daqueles que não detêm o apoio das maiorias, afastando sua submissão para perfectibilizar o conceito de democracia.⁹²

A ideia de *trunfos* relacionada aos direitos sociais evidencia a garantia de igualdade material para equilibrar forças e poderes, para consolidando a dignidade da pessoa humana que lhe empresta fundamento⁹³. O Estado de Direito - Social, Constitucional, dos Direitos Fundamentais – assegura às minorias⁹⁴ direitos que não lhes poderão ser retirados, independentemente de quem esteja no poder⁹⁵.

Admitir que os direitos sociais são *trunfos* é aceitar – e defender – a eficácia de sua positivação⁹⁶, inadmitindo-se o argumento de que se trata de mero *programa*⁹⁷ estatal implementado a partir de conveniência e oportunidade.

2.2 A consideração do núcleo essencial dos direitos fundamentais

O conteúdo⁹⁸ essencial dos direitos fundamentais relaciona-se com seu núcleo, sua essência, aquilo que o torna fundamental⁹⁹. A relevância do princípio da dignidade da pessoa humana para o catálogo de direitos fundamentais torna possível associá-lo ao núcleo aludido.

⁹²*Idem*, NOVAIS (2006, p. 34).

⁹³“*Além de não comportarem – simetricamente comparados com os direitos, liberdades e garantias, que contêm dimensões instrumentais de prestação – dimensões garantísticas negativas e de participação, os direitos sociais fundamentais dispõem, como vimos, de um conteúdo nuclear, ao qual se há-de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais.*” (ANDRADE, 2009, p. 359)

⁹⁴Para Cristina QUEIROZ (2010, p. 20-21), define-se a minoria a partir da cultura, de conjunto de costumes ou das leis por diversas pessoas ou grupos com pertença comum, independentemente do número de indivíduos envolvidos.

⁹⁵Atualmente (e nos últimos 10 anos), as lideranças políticas do Brasil pertencem ao Partido dos Trabalhadores – PT que, de acordo com informações oficiais de seu site, “*surgiu da organização sindical espontânea de operários paulistas, liderados por Luiz Inácio Lula da Silva e outras lideranças de trabalhadores, no final da década de 1970, dentro do vácuo político criado pela repressão do regime militar aos partidos comunistas tradicionais e aos grupos de esquerda então existentes. Assim, o PT foi fundado com um viés socialista democrático. O Partido dos Trabalhadores foi oficialmente reconhecido como partido político pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral no dia 11 de fevereiro de 1982.*” (Disponível em www.pt.org.br)

⁹⁶“*Os direitos sociais existem e valem numa dada ordem jurídica, não porque o governo concorde ou a maioria no poder assim o entenda, mas porque a Constituição o impõe.*” (NOVAIS, 2010a, p. 327)

⁹⁷Veja-se que a utilização da expressão *programas* não se vincula ao entendimento que se tem adotado quanto às normas programáticas. Não obstante a terminologia que lhe é emprestada, não se considera que sua concretização esteja “à disposição” do Estado. Para evitar confusões terminológicas, Ingo SARLET (2012, p. 292, 294) utiliza-se da expressão “normas de cunho programático”, enquadrando aí todas as normas que, em princípio, demandam concretização legislativa. Afirma, entretanto, que, a despeito de uma *dimensão programática dos direitos fundamentais*, todas as normas a eles atinentes são direta e imediatamente aplicáveis na medida de sua eficácia. Ricardo Lobo TORRES - *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73 - por outro lado, afirma que as normas constitucionais de direitos econômicos, sociais e culturais são programáticas, prestando-se a orientar o legislador, sem qualquer conteúdo vinculante.:

A Constituição Portuguesa, quando alude às restrições – que serão adiante tratadas – dispõe que não poderá haver diminuição do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais ou de seu alcance (nº3 do artigo 18º)¹⁰⁰.

Não há, na Constituição Brasileira, dispositivo equivalente; entretanto, a observância ao núcleo essencial decorre do próprio modelo de garantias adotado pelo constituinte, sob pena de destituir-lhe de eficácia.¹⁰¹

As teorias relacionadas ao conteúdo essencial podem ser divididas – e polarizadas – em objetiva e subjetiva¹⁰² de um lado e absoluta e relativa, de outro.

Para a teoria objetiva, a proteção do núcleo essencial envolve a garantia geral e abstrata prevista na norma, de maneira que a proteção do núcleo essencial refere-se a todos os indivíduos ou boa parte deles; já a teoria subjetiva tem como enfoque o direito subjetivo do indivíduo, defendendo a inviabilidade de limitações ou restrições a direitos fundamentais ainda que afete a situação de apenas um indivíduo¹⁰³. Com a teoria objetiva, protege-se o direito fundamental em sua totalidade, enquanto que com a teoria subjetiva impede-se que, do direito subjetivo, seja retirado seu significado e relevância¹⁰⁴.

Afirmar a coexistência destas teorias não refoge à razoabilidade¹⁰⁵. Se é possível pensar que a essência do direito fundamental não pode ser restringida ou limitada de forma a inviabilizar sua fundamentalidade para o todo, também é admissível defender que esta mesma limitação ou restrição não pode tornar o direito desprovido de significado para um indivíduo.

⁹⁸ “Conteúdo de um direito *vem a ser a faculdade ou o feixe de faculdades destinadas à obtenção e à fruição do bem jurídico que lhe subjaz.*” (MIRANDA, 2008, p. 309)

⁹⁹ Ingo SARLET (2012, p. 411) considera o núcleo essencial dos direitos fundamentais como “*a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.*”

¹⁰⁰ José de Melo ALEXANDRINO, em *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Parede: Principia, 2007, p. 131-132, aponta divergências na doutrina portuguesa quanto à relevância do conteúdo essencial. Não obstante, considera que tal cláusula sinaliza ao legislador que os direitos fundamentais *valem como trunfos contra si*, servindo, em momento posterior, ao julgador como *lembrete* da importância dos preceitos.

¹⁰¹ Gilmar Ferreira MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*, 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

¹⁰² Neste particular, Virgílio Afonso da Silva utiliza-se do vocábulo *enfoque* objetivo e subjetivo no lugar de *teoria*. (Virgílio Afonso da SILVA, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011a, p. 26 ss.)

¹⁰³ *Idem*, SILVA (2011a, p. 27)

¹⁰⁴ CANOTILHO (2003, p. 459)

¹⁰⁵ Neste sentido, afirma Robert ALEXY (2012, p. 297): “*A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva.*” CANOTILHO (2003, p. 459) segue no mesmo sentido ao afirmar a relevância de ambas as teorias. Também Felipe de PAULA, em *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42, afirma que a possibilidade de convivência entre as abordagens, uma vez que podem ser observadas como *componentes da estrutura dos direitos fundamentais*.

Há, ainda, teorias relacionadas não com a amplitude final de titulares a ser atingida, mas com o *valor da proteção*, na expressão de Gomes Canotilho¹⁰⁶. A teoria absoluta considera existente um núcleo fixo e imutável¹⁰⁷ para cada direito fundamental enquanto que a relativa concebe este núcleo essencial como resultado de um processo de ponderação.

Para ela, este núcleo, definido em abstrato, não autoriza, em hipótese alguma, restrições ou limitações¹⁰⁸. Vê-se, neste ponto, uma associação entre o núcleo essencial e a dignidade da pessoa humana. Vieira de Andrade¹⁰⁹ entende que o artigo 18 n.º 3 da Constituição Portuguesa estabelece como limite absoluto a dignidade do homem livre, base dos direitos fundamentais e princípio de sua unidade material.

Contudo, ao se reconhecer que o limite absoluto reside na dignidade da pessoa humana, admite-se que o restante possa ser restringido ou limitado. Assim, somente a dignidade teria um conteúdo essencial absoluto; todo o resto seria relativo e, consequentemente, restringível. De outro turno, não se pode ignorar a utilização *universal* da dignidade da pessoa humana como recurso para solução de problemas jurídicos. Há, aí, o risco de banalizar-se um argumento em face de seu reiterado e indiscriminado uso¹¹⁰.

Se, contudo, o conteúdo essencial não pode ser identificado com a dignidade da pessoa humana, como defini-lo? Para a teoria relativa, sua determinação é resultado de sopesamento e ponderação. Inexiste um conteúdo fixo, estabelecido abstratamente; este núcleo é definido a partir do caso concreto e da ponderação dos bens ou direitos em conflito. O conteúdo essencial não é imutável uma vez que depende dos direitos envolvidos em cada caso¹¹¹.

¹⁰⁶CANOTILHO (2003, p. 459)

¹⁰⁷Neste ponto, diferenciam-se duas vertentes na teoria absoluta, uma dinâmica e outra estática. Na primeira, considera-se que este conteúdo intransponível pode sofrer modificações com a passagem do tempo. Já para a teoria absoluta-estática, a imutabilidade é material, tanto no quesito espacial quanto temporal. Contudo, em qualquer uma das situações, não se pode ignorar que a dinamicidade ou estaticidade decorre do quanto é considerado *núcleo essencial*, ou seja, qual parcela do direito fundamental é imutável (SILVA, 2011a, p. 189-190).

¹⁰⁸Vieira de ANDRADE (2009, p. 285) fala no coração do direito, na essência que não pode ser tocada sob pena do próprio direito deixar de existir. Para Virgílio Afonso da SILVA (2011a, p. 27) há uma *barreira intransponível* que não se curva a qualquer situação ou interesse que se faça presente para limitá-la ou restringi-la.

¹⁰⁹ANDRADE (2009, p. 287)

¹¹⁰Neste sentido, SILVA (2011a, p. 192-195). Melo ALEXANDRINO (2007, p. 131) considera insustentável a concepção absoluta, frente à redundância decorrente da identificação do mínimo com a dignidade da pessoa humana, negando-se, em consequência, a utilidade deste preceito). Considera, ainda, *indesejável* a rigidez decorrente da cristalização de conteúdos abstratos fixos, incompatível com os postulados inerentes ao próprio sistema.

¹¹¹Neste sentido, SILVA (2011a, p. 196). Leia-se ainda CANOTILHO (2003, p. 460) “Para a segunda [teoria relativa], o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador.”

A ideia de um conteúdo absoluto não parece se coadunar com o universo de direitos fundamentais trazidos no catálogo da Constituição (e mesmo naqueles não previstos). Ainda que se admita que os direitos existentes poderão entrar em rota de colisão em determinado ponto, a definição prévia de um núcleo intangível dos direitos fundamentais enfraquece a proteção esperada.

Definir, de forma fixa e absoluta, um núcleo imutável de um direito fundamental (qualquer um) é limitá-lo de partida. É determinar, *ab initio*, qual parcela (ou feixe de condutas) será protegida não importando qual a situação que se apresenta e qual a realidade que a cerca¹¹².

A ideia do núcleo essencial relaciona-se com a premissa de que o direito fundamental é a proteção última do indivíduo em face do Estado, ou mesmo contra terceiros, reconhecendo a sua posição de destaque frente os poderes instituídos. Ainda que admitida a possibilidade de sua modificação em casos específicos, sua essência não pode ser alcançada; a eficácia protetora de um direito fundamental não pode ser objeto de restrição, sob pena de malferir-lhe seu núcleo.

Associar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais à sua função assecuratória possibilita, mais uma vez, reafirmá-los como *trunfos*. Com isso, conclui-se que os direitos fundamentais sociais também têm seu conteúdo crucial relacionado com a observância, pelo Estado, das obrigações positivas constitucionalmente impostas. Ignorar sua implementação é desprezar a figura de *trunfo* que representam para seus titulares e, com isso, violar seu núcleo essencial.

2.3 Restrições ou Limites aos Direitos Sociais

Reconhecido que os direitos fundamentais não são absolutos, admite-se a premissa de que eles podem sofrer restrições¹¹³. A adoção do vocábulo “restrição” não é desfundamentada.

¹¹²Não se pode ignorar que as relações sociais – e os conflitos daí originados – são ditadas e conduzidas também a partir da realidade que as cercam. As questões que envolviam análise de direitos fundamentais há sessenta anos não são, em grande medida, as mesmas da atualidade.

¹¹³“(…) considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo”, escreve SARLET (2012, p. 397).

A análise das restrições ou limites (e das teorias aí envolvidas) não dispensa o estudo da estrutura dogmática dos direitos fundamentais¹¹⁴. Como definir o alcance de um limite ou restrição se não se sabe ao certo qual a abrangência do direito em si?

O âmbito de proteção¹¹⁵ de um direito fundamental envolve os pressupostos fáticos e jurídicos abrangidos pela norma que o positivou¹¹⁶. É, segundo Virgílio Afonso da Silva¹¹⁷, a resposta quanto a quais atos, fatos, estados ou posições jurídicas a norma garantidora do direito fundamental protege. Perquire-se, aqui, se, na composição do âmbito de proteção, incluem-se previamente *todos* os atos, fatos, estados ou posições jurídicas, ou se existe, de início, um *triagem*¹¹⁸.

Essa abordagem mais ampla ou mais restrita influenciará na teoria do suporte fático a ser adotada. De acordo com Robert Alexy¹¹⁹, o *âmbito de proteção* é elemento do *suporte fático*, podendo, em alguns casos, com ele coincidir¹²⁰. O suporte fático é obtido a partir da junção dos elementos âmbito de proteção e intervenção estatal; assim, é ele o bem protegido pelo direito fundamental (aqui incluídas as ações, características ou situações) e a intervenção estatal, ou seja, a atuação do Estado na esfera de liberdade do indivíduo (embaraço, afetação ou eliminação)¹²¹.

Não obstante reconheça a relevância da construção de Robert Alexy sobre suporte fático, Virgílio Afonso da Silva considera indispensável a inclusão de um terceiro elemento: *a*

¹¹⁴“Só deve falar-se em restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. A primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura de uma norma constitucional concretamente garantidora de direitos.” (CANOTILHO, 2003, p. 1275)

¹¹⁵Gomes CANOTILHO (2003, p. 1262) prefere a expressão *âmbito normativo* “para recortar, precisamente, aquelas ‘realidades da vida’ que as normas consagradoras de direito captam como ‘objecto de protecção’. Este objecto de protecção reconduz-se, muitas vezes, a actos ou comportamentos, activos ou omissivos”. (

¹¹⁶“Os diferentes direitos fundamentais aplicam-se a diferentes domínios da vida. Nestes, ora limitados ora amplos, os direitos fundamentais, ao imporem ao Estado o ônus de justificação jurídica das ingerências, protegem o particular contra ingerências do Estado, ora na sua conduta em geral, ora também apenas em modos de conduta determinados.(...)Este é o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Por vezes, também se lhe chama âmbito normativo do direito fundamental, isto é, o domínio que a norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção.” (PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 115-116)

¹¹⁷SILVA (2011a, p. 72)

¹¹⁸Admitir uma inclusão prévia ampla é afirmar, por exemplo, que na liberdade de expressão, o âmbito de proteção abrange todas as situações em que o indivíduo quer manifestar sua opinião, por qualquer meio disponível/existente. Já, em uma visão mais restrita, definem-se previamente condutas que são excluídas do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.

¹¹⁹ALEXY (2012, p. 302-303)

¹²⁰Ingo SARLET (2012, p. 395) considera tais conceitos – *âmbito de proteção* e *suporte fático* – como sinônimos.

¹²¹“Somente com a intervenção ou com a agressão ao que é protegido se pode ter consequência jurídica e, portanto, só assim é que é possível falar, de maneira efetiva e completa, do suporte fático de um direito.” (PAULA, 2010, p. 53)

ausência de fundamentação constitucional. Para o constitucionalista brasileiro, se há fundamento constitucional para a intervenção no direito fundamental, então a restrição é legítima e não há violação, afastando-se a consequência jurídica.

No âmbito das liberdades públicas - em sua dimensão negativa, de não atuação estatal – se o Estado age positivamente, intervindo no âmbito de proteção de um direito fundamental, sem fundamento constitucional para tanto, irrompe a consequência jurídica decorrente desta liberdade que é a abstenção estatal¹²².

Já quando em análise os direitos sociais, o raciocínio, de acordo com Virgílio Afonso da Silva¹²³, não deve ser o mesmo; diante da necessidade de uma atuação positiva do Estado, os conceitos de âmbito de proteção e intervenção devem ser adequados. Desta forma, nos direitos fundamentais sociais, são as ações estatais que compõem seu âmbito de proteção e a intervenção reside na omissão, total ou parcial. E é esta *inércia* que deverá ser fundamentada, sob pena de gerar a consequência jurídica do dever de atuação.

O entendimento aludido tenta, em certa medida, definir os contornos dos direitos fundamentais sociais. Assim, o âmbito de proteção destes direitos – o *conteúdo protegido* – seria a ação estatal de implementação do direito social (as políticas públicas relacionadas à saúde, por exemplo). Partindo-se desta ideia seria possível defender que *qualquer conduta estatal* preencheria o arcabouço fático e jurídico do âmbito de proteção, por mais ínfima que seja.

A aproximação entre o âmbito de proteção e as ações estatais para implementação dos direitos sociais pode ter efeito contrário ao esperado; vincular-se o âmbito de proteção de um direito social à ação estatal que o implementa pode levar ao esvaziamento deste direito, tornando-o vulnerável e desatendido. Não se pode aceitar que *qualquer* ação estatal se preste a concretizar um direito fundamental social. Se há insuficiência nesta atuação, então não se pode considerar observada a determinação nele contida¹²⁴.

Neste ponto, considera-se que o âmbito de proteção dos direitos sociais é o pressuposto fático e jurídico que lhe deu origem, o bem cuja proteção se buscou assegurar com seu encarte

¹²²SILVA (2011a, p. 76)

¹²³*Idem*, SILVA (2011a, p. 77-78)

¹²⁴O direito à saúde, direito fundamental constitucionalmente protegido, não pode ser *mais ou menos* implementado. Ou é observado, ou não é. A insuficiência deve ser interpretada como omissão e, consequentemente, desrespeito à Constituição. Entendimento em sentido oposto levaria ao reconhecimento de que as normas fundamentais que preveem – e garantem – direitos sociais nada mais que *programas* a serem observados pelo Estado, a tempo e modo.

no texto constitucional. As ações estatais prestam-se a implementar este direito, dando-lhe a concretude que sua jusfundamentalidade impõe.

Definir a *dimensão* do suporte fático é essencial para análise das teorias relacionadas ao alcance dos direitos fundamentais e da possibilidade de sua modificação (restrições ou limites). Refere-se ao suporte fático restrito¹²⁵ quando, de partida, são retirados do âmbito de proteção da norma de direito fundamental ações, estados ou posições jurídicas que, em teoria, estariam nele incluídos¹²⁶. Com isso, o direito é limitado já em seu nascedouro.

Quando se admite que um direito fundamental *surge* com delimitação nas condutas protegidas, aceita-se a existência de *limites imanes*¹²⁷ e afasta-se o reconhecimento da possibilidade de sopesamento ou ponderação, eis que não há colisões entre direitos¹²⁸.

Para esta teoria (dita “interna”), os limites aos direitos fundamentais são definidos, implícita ou explicitamente, pelo texto constitucional¹²⁹; são, nas palavras de Vieira de Andrade, fronteiras constitucionais¹³⁰ que podem ou não estar explicitamente configuradas (em não estando, serão definidas a partir da interpretação do texto constitucional¹³¹). A partir deste entendimento, tem-se que os limites explicitamente impostos dispensam fundamentação.

¹²⁵Esta teoria se desdobra em várias outras que, por delimitação espacial e conceitual, não serão aprofundadas neste trabalho. É possível citar, no entanto, a teoria estruturante de Friedrich Müller e sua ideia de especificidade em que apenas as ações específicas ou típicas – estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental – são protegidas; e a prioridade das liberdades básicas de John Rawls em que é reduzido o número de liberdades fundamentais, afastando-se, em consequência, a necessidade de sopesamento. (SILVA, 2011a, p. 86-91)

¹²⁶“As concepções de suporte fático restrito dos direitos fundamentais mais típicas caracterizam-se por afastar de plano do âmbito de proteção da norma algumas ações, condutas ou meios de exercício do direito. Trata-se de uma exclusão a priori, que se consagra com a não proteção de determinadas hipóteses subsumtivas e com o estabelecimento de limites que configuram ou delimitam o suporte fático do direito.” (PAULA, 2010, p. 54)

¹²⁷“No que respeita aos limites imanes (...), deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se de plano constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressalvados na definição textual do direito.” (ANDRADE, 2009, p. 269)

¹²⁸Para Vieira de ANDRADE (2009, p. 269-270), não se fala em ponderação quando se está diante de comportamentos que sequer estão protegidos constitucionalmente. Haveria assim um conflito tão somente aparente, uma vez que, à partida, um dos direitos já é excluído.

¹²⁹Virgílio Afonso da SILVA (2011a, p. 97) critica a ideia de um *suporte fático restrito* por considerar que a exclusão *prima facie* de condutas do âmbito de proteção do direito é basicamente intuitiva.

¹³⁰“Se num caso hipotético ou concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, ou quando se atingem intoleravelmente valores comunitários básicos ou princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a protecção constitucional do direito não quer ir tão longe. E, então, o domínio protegido do direito é delimitado pelos direitos dos outros ou por valores comunitários fundamentais, de modo que as leis que eventualmente os exprimam não restringem o seu conteúdo, tal como é constitucionalmente assegurado.”, ANDRADE (2009, p. 278).

¹³¹ANDRADE (2009, p. 273-274). Leia-se ainda ANDRADE (2009, p. 276-277): “Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imanes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas de seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.”

Assim, não se faz necessária a indicação de fundamentos quanto à exclusão, *prima facie*, de condutas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais porquanto referidos atos ou condutas sequer foram protegido. Para Virgílio Afonso da Silva¹³², há aí uma diminuição considerável na capacidade de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, de antemão, exclui-se mecanismo controlador das intervenções estatais, a regra da proporcionalidade.

Com essa teoria, seria possível defender que os direitos sociais têm, em seu nascedouro, situações excluídas de sua abrangência. Indo mais além, poder-se-ia afirmar que sua configuração se dá com o reconhecimento dos limites financeiros a que se submete o Estado em sua implantação, ou seja, que a reserva do possível – adiante analisada – seria elemento a ele intrínseco, um limite imanente¹³³.

Antes, contudo, de se alcançar uma conclusão – se é que se pode chegar a tal *status* em tema polêmico como este – há que entendimento outro em sentido diametralmente oposto: a teoria externa. Para ela, todos os comportamentos são *prima facie* protegidos pelas normas fundamentais, de forma que as restrições são eventos externos, não inerentes. Há, assim, dois momentos: o direito *prima facie* – amplo, ilimitado e abrangente – e o direito definitivo, obtido após a ponderação entre os princípios em conflito.

A partir da teoria externa, pressupõe-se que os direitos fundamentais são princípios¹³⁴. Abre-se, neste momento, singelo parêntese para diferenciar, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, regras e princípios¹³⁵.

Diversos são os critérios apontados para essa diferenciação¹³⁶, porém, para Robert Alexy, o ponto decisivo reside na consideração dos princípios como *mandamentos de otimização*¹³⁷,

¹³²SILVA (2011a, p. 181)

¹³³“Assim, a reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível.” (NOVAIS, 2010a, p. 91)

¹³⁴Esta estrutura é notadamente criticada por Vieira de Andrade que considera *perigoso* a concepção dos direitos fundamentais como *imperativos de otimização*. Para o doutrinador português, há nesta ideia um enfraquecimento axiológico do sistema com a preponderância de princípios sobre regras. (2009, p. 270)

¹³⁵“Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma.” (ALEXY, 2012, p. 87)

¹³⁶Gomes CANOTILHO (2003, p. 1160-1161) relaciona os seguintes critérios de diferenciação: a) grau de abstração: o dos princípios é mais elevado que das normas; b) grau de determinabilidade: os princípios demandam mediações concretizadoras diante de seu caráter vago e indeterminado, já as regras têm aplicação imediata; c) fundamentalidade: os princípios têm natureza estruturante ou papel fundamental no ordenamento jurídico, dada sua posição hierárquica no sistema das fontes; d) proximidade à ideia de direito: princípios são *standards* vinculados à ideia de direito ou justiça; e) natureza normogenética: princípios emprestam fundamento às regras.

normas que impõem a realização de algo na maior medida possível. Diferentemente das regras, os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus, considerando-se tanto as possibilidades fáticas (o caso concreto) quanto jurídicas (de acordo com as regras colidentes). Já as regras são ou não satisfeitas, inexistindo adequações ou modulações.

Enquanto as regras garantem direitos definitivos, os princípios asseguram direitos *prima facie*, uma vez que seu *alcance* só é definido, *in concreto*, após a ponderação. Deste modo, a definitividade do direito sustentado por regras impõe sua realização integral. No entanto, quando os direitos são assegurados por princípios, diferencia-se o que foi garantido *prima facie* – de início – daquilo assegurado definitivamente¹³⁸.

Para a teoria externa, as restrições têm lugar em momento posterior, não se tratando de algo intrínseco ao direito. Os direitos fundamentais nascem, portanto, amplos e abrangentes, sem exclusão prévia de condutas; as restrições havidas – externas ao direito – ocorrem após as colisões e o consequente sopesamento¹³⁹.

Se, para a teoria interna o controle dos limites é reduzido porquanto se trata de algo intrínseco ao direito, para a teoria externa impõe uma constante justificação constitucional, uma vez que não se admite uma intervenção posterior em um direito fundamental sem prévia fundamentação. Robert Alexy esclarece¹⁴⁰ que as restrições são *normas* (regras ou princípios¹⁴¹) que, por modificarem os direitos fundamentais *prima facie*, devem ser *compatíveis com a Constituição*, seja por estarem nela previstas ou por ela autorizadas.

A partir das explanações postas, vê-se que as teorias tratadas são incompatíveis por partirem de premissas opostas. Não obstante haja a adoção do termo *limites imanes* em

¹³⁷ALEXY (2012, p. 91). A expressão *mandamento* de otimização é utilizada na obra de Robert Alexy traduzida pelo constitucionalista brasileiro Virgílio Afonso da SILVA. Gomes CANOTILHO (2003, p. 1161) adota o termo *exigência* de otimização e Vieira de ANDRADE (2009, p. 270) menciona *imperativo* de otimização.

¹³⁸SILVA (2011a, p. 45)

¹³⁹“O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição.”, ALEXY (2012, p. 277)

¹⁴⁰ALEXY (2012, p. 281, 286).

¹⁴¹Para Virgílio Afonso da SILVA (2011a, p. 141-142), as restrições a direitos fundamentais são sempre materialmente baseadas em princípios, uma vez que a colisão se faz em momento anterior; a regra tão somente expressa a restrição a um dos referidos princípios. O autor utiliza-se do seguinte exemplo para facilitar a compreensão: o artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990) exige que as emissoras de televisão veiculem, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativa, artística, culturais e informativa. Vê-se, aí, um conflito entre a regra aludida e o princípio atinente à liberdade de imprensa. Ocorre que esta regra é fruto do sopesamento entre princípios (a liberdade de imprensa aludida e a proteção à criança e ao adolescente). Assim, inexistente um conflito entre uma regra e um princípio, uma vez que a colisão entre dois princípios deu origem à aludida regra; esta nada mais é que o resultado de um sopesamento já ocorrido.

contexto outro que não aquele trazido aqui¹⁴², a ideia de sopesamento não se harmoniza com a proposição de limites inerentes ao direito. Se há diferenciação entre um direito *prima facie* e um direito posterior, inexistente a ideia de que os limites são internos a ele.

As limitações são, portanto, inerentes à compreensão da teoria interna (e de um suporte fático restrito), enquanto que as restrições vinculam-se a um suporte fático amplo e uma teoria externa.

Não são desconhecidas as críticas existentes aos dois posicionamentos¹⁴³, podendo ambos servirem de fundamento à ingerência estatal nos direitos sociais.

O Estado, ao estabelecer parâmetros para implementação dos direitos fundamentais sociais, pode tanto se valer do reconhecimento de um limite preexistente, quanto implementar restrições decorrentes de um sopesamento.

A adoção de um ou outro entendimento surtirá efeitos na justificação que se fará necessária. Se considerado que os direitos sociais são limitados em seu nascedouro, o Estado – e o poder judiciário em momento posterior – nada mais faz do que reconhecê-los e declará-los, separando a aparência da realidade do direito. Entretanto, aceitando-se que se tratam de restrições, a intervenção deve ser fundamentada, sob pena de ilegítima¹⁴⁴.

Por coerência lógica às posições até aqui defendidas – e outras que ainda serão lançadas adiante – uma vez reconhecido que os direitos fundamentais são *trunfos*, não há como se admitir que, à partida, sofram *limitações*.

¹⁴²Gomes CANOTILHO (2003, p. 1279) utiliza-se da expressão *limites imanentes*, não obstante defenda a existência de direitos *prima facie* e direitos definitivos.

¹⁴³Virgílio Afonso da SILVA (2011a, p. 144-152) analisa as principais críticas à teoria externa: a) impossibilidade lógica de um direito ser integralmente assegurado e, ao mesmo tempo, ter seu exercício proibido; b) criação de uma ilusão desonesta com a divisão entre direitos *prima facie* e definitivos; c) falta de critérios racionais para o sopesamento; d) insegurança jurídica criada pelo sopesamento; e) inflacionamento das pretensões e ações judiciais; f) irrealidade dos direitos assegurados. De outro lado, Felipe de PAULA (2010, p. 140) aponta algumas críticas à teoria interna: a) ausência de coerência interna e factibilidade; b) impossibilidade de afastamento da ponderação e sopesamento (o que criaria uma contradição); c) ausência de controle na definição dos limites.

¹⁴⁴“A teoria externa dos limites orientava-se para o controlo da legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais, pelo que a sua metodologia de verificação, como vimos, começava por determinar se uma dada situação e facto era subsumível no âmbito de protecção de um direito fundamental; se concluísse, depois, que sobre o conteúdo desse direito incidiria uma verdadeira restrição, passava a averiguar se essa restrição possuía justificação constitucional adequada, para, finalmente, apurar se havia uma restrição legítima do direito fundamental ou se, pelo contrário, ele estava a ser violado. Já para a teoria interna, eliminadas que estão as distinções entre âmbito de protecção e âmbito de garantia efectiva de um direito fundamental, entre restrição legítima e ilegítima e, em geral, entre conteúdo e limites de um direito fundamental, tudo reside em verificar se estamos perante um verdadeiro exercício de direito fundamental ou apenas perante uma sua manifestação aparente; o recurso essencial à ideia de limites imanentes dos direitos fundamentais destina-se unicamente a determinar ou revelar as fronteiras que separam a aparência da realidade de um direito fundamental.”, magistralmente esclarece Jorge Reis NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010b, p. 316.

Os direitos fundamentais sociais são, *ab initio*, amplos e irrestritos, não havendo exclusão de condutas ou proteções prévias. Contudo, no caso concreto e diante de outros direitos e princípios envolvidos, é possível, de forma fundamentada e com amparo na Constituição, sua restrição.

Adotada a premissa de que os direitos fundamentais apresentam um suporte fático amplo e, conseqüentemente, são *restringidos* posteriormente em caso de conflitos, há que se analisar a ocorrência destes conflitos e os critérios para sua solução.

2.4 Ponderação ou sopesamento

O conflito entre regras é solucionado com a inclusão de uma cláusula de exceção¹⁴⁵ ou com o reconhecimento da invalidade de uma delas. Já na colisão entre princípios¹⁴⁶, um deverá ceder em favor de outro, inexistindo, no entanto, qualquer reconhecimento da invalidade daquele que cedeu ou a inclusão de cláusula de exceção. Há uma precedência condicionada de um princípio sobre outro; entretanto, modificadas as condições, a relação de precedência pode ser alterada¹⁴⁷. Assim, enquanto o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, a colisão entre princípios se dá no campo do peso¹⁴⁸.

Quando, no entanto, há colisão entre regras e princípios, aponta-se como solução a ponderação entre o princípio em colisão e aquele que deu origem à regra, uma vez que regras em si não são sopesáveis. Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁹ alerta, contudo, para a insegurança que

¹⁴⁵Robert ALEXY (2012, p. 92) utiliza o exemplo da regra que proíbe a saída da sala de aula antes do sino soar e outra que impõe o dever de deixar a sala se acionado o alarme de incêndio. O conflito aí é solucionado a partir da exceção criada pela segunda regra à primeira.

¹⁴⁶“*O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. (...) A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismos entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica de tudo ou nada', antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso.*” (CANOTILHO, 2003, p. 1182)

¹⁴⁷“*A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.*” (ALEXY, 2012, p. 96)

¹⁴⁸ALEXY (2012, p. 94, 99). Leiam-se ainda BRANCO; COELHO; MENDES (2011, p. 210): “*No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.*”

¹⁴⁹SILVA (2011a, p. 52)

esta postura pode trazer diante da possibilidade de, em qualquer situação, afastar-se a aplicação de uma regra (símbolo da segurança jurídica em um ordenamento). Para o constitucionalista brasileiro, inexistente uma real colisão entre regras e princípios, uma vez que aquela é fruto de um sopesamento já ocorrido; tem-se, aí, uma restrição e não colisão, aplicando-se a regra por subsunção¹⁵⁰.

Robert Alexy¹⁵¹ reconhece que a não condução a um resultado único e exclusivo pelo sopesamento leva alguns a concluir que ele não estaria sujeito a um controle racional, o que abriria espaço para subjetivismos e decisionismos de quem o aplica. Contudo, a definição de regras de precedência fruto do sopesamento decorre de uma construção fundamentada, ou seja, o controle de precedência aludido pode ser fundamentado de forma racional, distanciando-se de decisionismos.

Reconhecer que os princípios são mandamentos de otimização e, como tais, impõem sua aplicação na maior medida possível leva à constatação de que a teoria dos princípios está conectada à máxima¹⁵² da proporcionalidade¹⁵³.

Para Virgílio Afonso da Silva¹⁵⁴, a proporcionalidade tem estrutura de regra ao impor um dever definitivo, uma vez que sua aplicação não se sujeita a condicionantes fáticas ou jurídicas do caso concreto; não há, portanto, aplicação em maior ou menor medida, há, apenas, sua aplicação no todo¹⁵⁵. Divide-se a regra da proporcionalidade em três sub-regras ou máximas parciais, de acordo com Robert Alexy¹⁵⁶: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁵⁰O autor alerta, contudo, para hipóteses em que o *cenário pode se complicar*, como quando em discussão a constitucionalidade da regra. Neste particular, considerada constitucional a regra, será ela subsumida se for o caso; considerada inconstitucional diante de determinado princípio, a situação de colisão deixa de existir. Ele aponta, ainda, para a hipótese da aplicação de uma regra levar a situações incompatíveis com determinado princípio, em um caso concreto (sem que tal colisão se faça presente em abstrato). Neste caso, Virgílio Afonso da SILVA (2011a, p. 52-55) aceita a possibilidade de ponderação entre o princípio colidente e aquele que deu origem à regra, desde que a partir de então surja uma nova regra, afastando, assim, sopesamentos sucessivos a cada caso concreto.

¹⁵¹ALEXY (2012, p. 165)

¹⁵²Virgílio Afonso da SILVA (2011a, p. 168) afasta a utilização do termo “máxima” – tradução direta do termo alemão – por entender que sua utilização na linguagem jurídica brasileira não é muito adotada e para afastar a impressão de que se trata de uma recomendação e não de um dever.

¹⁵³“*Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com as suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento dos meios menos gravosos) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.*” (ALEXY, 2012, p. 117)

¹⁵⁴SILVA (2011a, p. 168)

¹⁵⁵Gilmar MENDES (2012, p. 66) utiliza-se da expressão “princípio da proporcionalidade”, considerando-o postulado geral do Direito.

¹⁵⁶ALEXY (2012, p. 116)

Em um primeiro passo, verifica-se se a medida a ser adotada é adequada para a realização da finalidade perseguida. A intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental deve ser conduta adequada ao fim perseguido¹⁵⁷.

No exame da necessidade, analisa-se se a alternativa adotada foi a menos gravosa e tão eficiente quanto outras aventadas¹⁵⁸. É um exame comparativo e não linear como o a adequação. Há, na necessidade, a análise de duas variáveis: a) a eficiência das medidas propostas para se alcançar a finalidade almejada; b) o grau de restrição a ser imposto ao direito fundamental atingido¹⁵⁹.

Por fim, chega-se à proporcionalidade em sentido estrito, considerado o *exame final* da regra da proporcionalidade. Nesta última etapa, em que são sopesados os direitos envolvidos, tenta-se afastar exageros nas restrições implementadas¹⁶⁰. As intervenções no direito fundamental afetado não podem ir além do necessário à realização do objetivo perseguido¹⁶¹.

Para Gomes Canotilho¹⁶², a necessidade da ponderação de bens decorre da inexistência de uma gradação abstrata de bens pelo texto constitucional e da inevitável ocorrência de conflito entre eles, diante da *formação principal* de grande parte das normas de direito constitucional. Este *balancing process* não se limita à interpretação da norma, uma vez que, além de atribuir significado normativo ao texto, equilibra e ordena – e aqui reside sua função precípua – os bens em conflito. Para tanto, faz-se necessária a delimitação da topografia do conflito (de que forma determinada área ou esfera de um direito se sobrepõe a outro e qual espaço *resta* entre eles além da área de conflito) e, a partir de então, a aplicação do *teste da razoabilidade*. Nesta etapa, procura-se o *desvalor constitucional* de interesses considerados como protegidos; assim, inexistirá conflito quando se verifica que um dos direitos invocados não está protegido pela norma constitucional.

O teste da razoabilidade aludido aproxima-se da teoria relacionado ao âmbito de proteção limitado, uma vez que considera existentes condutas que são *prima facie* excluídas do âmbito

¹⁵⁷“(…) o sub-princípio da ‘idoneidade’ afirma que a intervenção no direito fundamental deve traduzir-se na prossecução de alguns ‘fim legítimo’.” (QUEIROZ, 2010, p. 337-338)

¹⁵⁸Inclui-se na necessidade, de acordo com George Marmelstein, tanto a vedação de excesso quando a de insuficiência. Nesta etapa, analisa-se o prejuízo a ser causado e eficácia da conduta. (2011, p. 416)

¹⁵⁹SILVA (2011a, p. 170-171)

¹⁶⁰“Este sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito respeita a ‘justa medida’ ou ‘relação de adequação’ entre os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido. Se se quiser, numa outra terminologia, expressa o significado da otimização em relação aos princípios que jogam em sentido contrário.”, Cristina QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006a, p. 169.

¹⁶¹SILVA (2011a, p. 175)

¹⁶²CANOTILHO (2003, p. 1238-1239)

de proteção de um direito fundamental. Assim, não há que se falar em verdadeira ponderação neste particular. O doutrinador português¹⁶³ faz semelhante alerta ao apontar que o este *balanço por definição* afasta-se da ponderação por se tratar de um procedimento interpretativo voltado à definição do âmbito de proteção.

Para concluir, Gomes Canotilho¹⁶⁴ aponta *pressupostos metódicos básicos* para a ponderação: a) existência de, ao menos, dois bens ou direitos que, em determinada situação, não podem ser concretizados plenamente; b) inexistência de regras abstratas de prevalência uma vez que a solução dar-se-á de acordo com um balanceamento; c) indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência adotada. O autor conclui afirmando que a ponderação é uma justa solução de conflito entre princípios.

É a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade – ou máxima - em sentido amplo (com a utilização dos subprincípios aludidos) que são delineados os direitos em definitivo. Adotando-se a premissa de que o âmbito de proteção de um direito fundamental é amplo, somente com a ponderação alcança-se o direito *in concreto*¹⁶⁵.

Uma vez aceito que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não é limitado *ab initio*, ou seja, todas as condutas relacionadas ao direito em questão são *prima facie* protegidas pela norma constitucional que o positiva, tem-se na ponderação (e, conseqüentemente, na utilização do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios) a solução para os conflitos que desta premissa surgirão, bem como critérios para análise das medidas restritivas impostas pelo Estado.

Esta análise possibilita a visualização de critérios que sirvam de parâmetro para análise da suficiência (ou não) da atuação estatal na implementação dos direitos sociais e, ato contínuo, da legitimidade (ou não) da intervenção do poder judiciário nas políticas públicas.

As medidas estatais que venham a restringir o acesso individual ou coletivo aos direitos sociais devem ser analisadas sob a égide da adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sob pena de não ser reconhecida a legitimidade e constitucionalidade da conduta.

¹⁶³*Idem*, (2003, p. 1240)

¹⁶⁴*Ibidem*, (2003, p. 1241)

¹⁶⁵“É, pois, nessa ordenação dos bens no caso concreto que ocorre a ponderação. (...) O resultado é o ‘direito definitivo’, que contrasta com a noção de ‘direito *prima facie*’, que existia antes de se proceder à ponderação, e que constitui o seu objecto.” (QUEIROZ, 2010, p. 338)

2.5 Em especial, a proibição do retrocesso

Considerados como conquistas, os direitos sociais não poderiam ficar ao alvedrio do poder público¹⁶⁶. Como direitos fundamentais, é certo que sua concretização é mandatória, entretanto por envolverem atuações positivas do Estado, não é tarefa fácil delimitar, de partida, quais condutas – e em qual extensão – devem ser adotadas pelo ente estatal. Neste cenário, vislumbra-se uma obrigação conexa estatal: não retroceder naquilo que foi assegurado. Ou seja, ao Estado é vedado retirar direitos sociais já implementados¹⁶⁷, ainda que parcialmente.

O princípio da proibição do retrocesso¹⁶⁸ relaciona-se diretamente com a segurança jurídica, elemento caracterizador de um Estado de Direito em conjunto com o princípio da proteção da confiança¹⁶⁹. Enquanto a primeira refere-se aos elementos objetivos da ordem jurídica (estabilidade, segurança de orientação e realização do direito) a tutela da confiança vincula-se aos componentes subjetivos: calculabilidade e previsibilidade.¹⁷⁰

Para Ingo Sarlet¹⁷¹, a segurança jurídica constitui uma das dimensões de um direito geral que abrange, de igual forma, a segurança pessoal e social. Vai além ao apontar que referido princípio se relaciona com a própria dignidade da pessoa humana, uma vez que não se

¹⁶⁶“(…) a realização desses direitos não depende unicamente da institucionalização de uma ordem jurídica nem tão pouco de uma mera decisão política dos órgãos politicamente conformadores, mas da conquista de uma ordem social em que impere uma justa distribuição dos bens, a qual só poderá ser alcançada de modo progressivo.” (QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra: Coimbra, 2006b, p. 63)

¹⁶⁷“Quando se analisa o dever positivo do Estado de implementação de direitos fundamentais, sobretudo aqueles de natureza social, pode-se vislumbrar, correlativamente, uma imposição de abstenção, como uma obrigação anexa de não tomar medidas que atentem contra as conquistas já cristalizadas na normatividade jurídica derivada da Constituição.” (SOARES, 2010, p. 158)

¹⁶⁸“Não se pode ignorar a crítica feita por Reis NOVAIS (2003, p. 1241) à relevância que vem sendo atribuída a este princípio: “(…) a fórmula e o eventual princípio da proibição do retrocesso surgiram, então, como invenção engenhosa destinada a justificar uma protecção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se, em qualquer caso, nesse contexto, de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemã. O que surpreende é o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo em países e ordens constitucionais que não apresenta qualquer justificação ou utilidade, mais precisamente, nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da protecção que decorre de sua natureza formal e materialmente constitucional”. (2010a, p. 241)

¹⁶⁹“(…) havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. (...) Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional”, ensina SARLET (2012, p. 442-443).

¹⁷⁰CANOTILHO (2003, p. 257)

¹⁷¹SARLET (2012, p. 443-444)

vislumbra uma existência *digna* quando ao indivíduo não é assegurado um mínimo de tranquilidade, segurança e confiança nas instituições estatais e a chance de fazer planos e projetos de vida.

A proibição do retrocesso pauta-se no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e sua emancipação, inviabilizando *marchas atrás* em direitos já consagrados e efetivos¹⁷². Para Gomes Canotilho¹⁷³, não se trata, contudo, da irreversibilidade das situações, mas da impossibilidade de sua modificação (ou reversão) “*sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios*”. Pretende-se, a partir do referido princípio, impedir que o Estado, de forma arbitrária e desarrazoada, modifique as situações consolidadas, prejudicando os titulares dos direitos fundamentais implementados. O que não quer dizer que o Estado não possa *adequar* as situações existentes.

A proibição do retrocesso impede uma *piora significativa* na posição jurídica dos titulares do direito fundamental em questão e não sua *modificação*. Não se admite o desmantelamento do sistema de seguridade social, mas não se pode impedir uma fundamentada alteração de suas premissas e critérios.

Ao legislador¹⁷⁴ compete implementar os direitos abstratamente trazidos pela Constituição. Contudo, não se pode admitir – e eis aqui o princípio da proibição do retrocesso – que a eficácia do texto constitucional seja mitigada – ou ignorada – por essa adequação da Constituição à realidade social¹⁷⁵. Desta forma, não se pode atribuir, ao princípio da proibição do retrocesso, uma natureza absoluta que impossibilite, ao legislador e gestor, a eventual reavaliação e readaptação dos meios utilizados para consecução dos direitos fundamentais¹⁷⁶.

Não obstante essa *margem de liberdade*, há aspecto que não pode ser por ignorado: o conteúdo essencial do direito. O princípio da proibição do retrocesso protege o núcleo

¹⁷²NETTO (2010, p. 111)

¹⁷³CANOTILHO (2003, p. 340)

¹⁷⁴Para Ingo SARLET (2012, p. 461), a obrigação impõe-se tanto ao legislador quando aos órgãos executivos que planejam e implementam as políticas públicas.

¹⁷⁵“*A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. (...) Para nós, a Constituição é um quadro normativo aberto que implica e exprime uma unidade de sentido cultural e não pode ser nem tornar-se um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, não poderão ser constitucionalmente determinados e hão-de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas.*” (ANDRADE, 2009, p. 381-382) Ricardo SOARES (2010, p. 159) aponta a necessidade de cautela no reconhecimento da *autonomia* do legislador ordinário, a fim de que os órgãos estatais não se pautem em casuísmos políticos na tomada de decisões. Aceitar que o legislador ordinário pode, ao implementar um direito fundamental, *conformá-lo* à realidade social não é admitir que ele ignore os ditames trazidos pela Constituição. Os direitos fundamentais – sobretudo os sociais – devem ser implementados e consolidados, porém impor a forma ou gradação desta concretização engessaria o Estado e, em última análise, a própria sociedade.

¹⁷⁶SARLET (2012, p. 458)

essencial do direito, ao assegurar sua intangibilidade pelo legislador ordinário. Ainda que possível a modificação do *status quo* existente, esse conteúdo mínimo não poderá ser afetado¹⁷⁷. Em outras palavras, o legislador detém autonomia para definir a forma de concretização do direito, porém não poderá fazê-lo em inobservância ao seu conteúdo mínimo, sua essência e *razão de existir*¹⁷⁸.

Para além deste conteúdo mínimo – intangível – a implementação do direito fundamental – reconhecido como *mandamento de otimização* – há que ser feita na *maior medida possível*, cabendo, aí, a ponderação com outros aspectos que se fizerem presentes, como, por exemplo, a reserva do possível adiante analisada¹⁷⁹. É, neste particular, que eventual impossibilidade econômica de manutenção do *status quo* deve ser analisada.

Não se ignora que as vicissitudes suportadas pelos Estados influenciarão suas políticas públicas.

Entretanto, ainda que considerados aspectos econômicos nesta equação, a natureza dos direitos fundamentais – em especial os sociais – impõe sua implementação e, ato contínuo, a consolidação do quanto implementado. A possibilidade do Estado modificar as situações consolidadas não autoriza que a essência do direito fundamental seja afetada, uma vez que se trata do escopo de proteção do princípio do não retrocesso.

¹⁷⁷“(…) não apenas o legislador e a administração se encontram 'imediatamente obrigados a garantir esse conteúdo mínimo' como não poderão ainda suprimir completamente, sem contrapartida, as disposições legais e administrativas correspondentes.” (QUEIROZ, 2006a, p. 81)

¹⁷⁸“(…) é de aceitar, obviamente, a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais – que mais não é (na medida em que mais não seja) – que a garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional -, bem como o limite da protecção da confiança, embora, pelas razões aduzidas, apenas na medida em que proíbe o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do 'retrocesso'.” (ANDRADE, 2009, p. 383)

¹⁷⁹“Em se levando em conta que a proibição de retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na 'lógica do tudo ou nada' (...) aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples.” (SARLET, 2012, p. 459)

3 - Reserva do possível e mínimo existencial

Os direitos fundamentais sociais não se situam no vazio. Seu surgimento decorreu dos anseios e lutas sociais, resposta à necessidade premente de justiça social e igualdade. Não obstante a mandatória observância estatal a tais direitos, não se pode ignorar a existência de questões outras que influenciam na implementação de tais direitos. As necessidades são infinitas, porém os recursos públicos não o são. É neste cenário que ganha relevância o *embate* entre as figuras da reserva do possível e do mínimo existencial. Até que ponto o Estado deve ir para concretizar um direito social e, de outro lado, qual a medida do direito do indivíduo.

3.1 A definição do mínimo existencial

A realidade econômico-financeira do Estado pode interferir na implementação dos direitos sociais. Ainda que tal premissa seja acertada, não se pode admitir que a escassez de recursos afete seu conteúdo mínimo. Aquele núcleo essencial diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana – mas que com ela não se confunde¹⁸⁰ - não pode ser objeto de limitação nem mesmo por força da reserva do possível.

O mínimo existencial pode ser conceituado como o conjunto de prestações materiais que assegura, aos indivíduos, uma vida digna e saudável. Não se limita, assim, ao mínimo vital para tão só sobrevivência¹⁸¹.

Tal qual a ideia do *conteúdo essencial*, não é possível definir, de forma absoluta, quais necessidades são abrangidas pelo mínimo existencial¹⁸². Esta definição será alcançada a partir

¹⁸⁰“(…) é preciso recordar que não se endossa a tese de acordo com a qual o conteúdo em dignidade da pessoa humana equivale necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. (...) não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana, e, portanto, um conteúdo certo em dignidade, assim como não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos (que sempre é variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.”, escrevem Mariana Filchtiner FIGUEIREDO e Ingo Wolfgang SARLET, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas ponderações*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25-26.

¹⁸¹SARLET (2012, p. 462). Leia-se ainda Paulo Gilberto Cogo LEIVAS, *Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*. In: Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 300-301: “O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia. Dito de outro modo, o direito ao mínimo existencial é o direito às necessidades intermediárias.”

das necessidades daqueles envolvidos na hipótese concreta. De acordo com exemplo trazido por Mariana Figueiredo e Ingo Sarlet¹⁸³, o direito à moradia deve ser contextualizado a partir da realidade geográfica e, conseqüentemente, climática, do indivíduo.

Ainda que não seja possível predefinir todas as prestações que compõem o mínimo existencial – e em que medida¹⁸⁴ – certo é que seu conteúdo deve assegurar uma existência digna. Trata-se de conceito aberto cuja interpretação e aplicação não excluirá parcela de subjetividade do legislador e, em última medida, do julgador¹⁸⁵.

Ainda assim, é possível vislumbrar no princípio da dignidade humana indícios que pode auxiliar nessa delimitação. Isso porque a existência digna envolve o respeito à referida dignidade, assegurando-lhe a posição de sujeito de direitos e as condições para o amplo gozo dos direitos fundamentais de que é titular¹⁸⁶.

Para Ricardo Lobo Torres¹⁸⁷, o mínimo existencial coincide com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, o que inviabilizaria sua restrição. Não obstante estabeleça esta relação entre o mínimo existencial e o conteúdo essencial do direito fundamental, o autor defende sua sujeição a limites fáticos, *sobretudo de ordem financeira*.

Parece, contudo, contraditório associar o mínimo existencial ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, submetê-lo à reserva do possível ou qualquer outra limitação fática (econômico-financeira ou não).

Ainda que a escassez de recursos não deva ser ignorada, a definição das políticas públicas de implementação dos direitos sociais não estão ao alvedrio governamental.¹⁸⁸

¹⁸²“As condições necessárias à existência digna variam de acordo com o tempo e o espaço, o desenvolvimento econômico, social e cultural de cada sociedade.”, Eurico BITENCOURT NETO, *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119.

¹⁸³FIGUEIREDO E SARLET (2011, p. 26)

¹⁸⁴“Já no plano constitucional, da relativa indeterminabilidade dos direitos sociais resulta que, sendo relativamente fácil delinear o sentido e o tipo de deveres de prestação social comportáveis por um dado direito social, já não será possível, em geral, deduzir, com rigor e com conseqüências jurídicas vinculativas, qual o quantum exigível dessas prestações em cada momento e situação concreta, ou seja, não é possível determinar, através dos mecanismos da interpretação jurídica, aquilo que a Constituição exige e impõe aos poderes públicos numa dada circunstância histórica, se um máximo, um médio ou um mínimo de realização.” (NOVAIS, 2010a, p. 191)

¹⁸⁵“(…) a dificuldade residirá, também, na busca dos critérios que permitam delimitar esse mínimo no estrito respeito e observância do princípio da separação de poderes, ou seja, em última análise, como é que o poder judicial fixa um mínimo susceptível de ser imposto à observância dos poderes públicos, legislador e administração, sem violar os respectivos limites funcionais de distribuição de poderes em Estado de Direito.” (NOVAIS, 2010a, p. 193)

¹⁸⁶BITENCOURT NETO (2010, p. 118)

¹⁸⁷TORRES (2011, p. 65-70)

¹⁸⁸“Nessas dogmáticas não pode ser olvidado, contudo, a escassez de recursos, o que exige que o nível de satisfação de determinadas necessidades intermediárias seja estabelecido em conformidade com a situação sócio-econômica brasileira, o que não necessariamente coincide com a disponibilidade do governo ou com a previsão orçamentária para gastos em programas sociais, uma vez que os direitos fundamentais caracterizam-

É, portanto, o mínimo existencial que restringe a aplicação da reserva do possível e não o contrário. A obrigação estatal de assegurar o implemento de condições mínimas para uma existência digna¹⁸⁹ não é limitada pela reserva do financeiramente possível. A escassez de recursos e o custo dos direitos não influenciam – e nem poderiam – o direito à uma existência digna, sobretudo diante de sua estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹⁰.

Não se concorda, assim, com a ideia de que as situações de crise inviabilizariam a observância a um mínimo existencial¹⁹¹. Ao contrário, são nessas hipóteses que o Estado deve interceder e assegurar o mínimo para uma existência digna¹⁹². Trata-se de um dever de proteção que não se curva às vicissitudes econômicas, uma vez que se encontra *em perigo* um dos fundamentos do próprio Estado de Direito¹⁹³.

se exatamente, como afirma ALEXY, como direitos tão importantes que sua outorga ou não-outorga não possa ficar em mãos de simples maioria parlamentar.”, LEIVAS (2010, p. 301)

¹⁸⁹Vieira de ANDRADE (2009, p. 377) parece não adotar tal entendimento ao afirmar que o Estado não está obrigado a assegurar positivamente o mínimo para a existência de cada cidadão.

¹⁹⁰“Assim, se o direito ao mínimo para uma existência digna tem custos financeiros, isto não justifica sustentar a sua inexistência ou o seu enfraquecimento como posição ativa. O princípio democrático, que garante a competência orçamentária do legislador, não é absoluto; em determinadas hipóteses, direitos individuais podem ter mais peso. No caso do direito ao mínimo para uma existência digna, o direito individual, por ser ligado diretamente ao núcleo da dignidade da pessoa humana, tem mais peso que a liberdade de conformação orçamentária e financeira do legislador.” (BITENCOURT NETO, 2010, p. 131-132)

¹⁹¹“O problema surge, sim, com acuidade, em períodos de crise ou em situações e países com dificuldades económicas pressionantes, quando o Estado não está em condições de garantir tais prestações de forma generalizada e é obrigado a fazer opções, a estabelecer prioridades. Nessas circunstâncias, a fixação de um mínimo com carácter absoluto ou é tão minimalista que não assume relevância jurídica ou, a ter um sentido efectivo, pode ser praticamente inviável.” (NOVAIS, 2010a, p. 207) “Aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores, el Estado debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. De tal modo no sólo existe un mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos, sino un sector de la población que representa el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis, la protección dele Estado en relación a sus derechos económicos y sociales.” (Victor ABRAMOVICH e Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 92)

¹⁹²“A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises económicas. (...) Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise económica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.” (ALEXY, 2012, p. 513)

¹⁹³De acordo com Ingo SARLET (2012, p. 462-463), prestações estatais que asseguram uma vida digna prevalecem em face de outros princípios – inclusive a reserva do possível – e não podem ser suprimidas ou reduzidas para aquém do conteúdo mínimo inerente à observância da dignidade da pessoa humana, sob pena de injustificável afronta ao valor máximo da ordem jurídica e social.

Ao Estado é vedada a proteção insuficiente (proibição por defeito, nas palavras de Gomes Canotilho¹⁹⁴), ou seja, a não adoção das medidas necessárias à proteção eficaz e adequada dos direitos fundamentais.

A inobservância deste mínimo para uma existência digna autoriza a intervenção do poder judiciário. Desrespeitada essência do direito fundamental, ignoradas as necessidades básicas de um indivíduo, deve o judiciário – uma vez provocado – interceder para, além de implementar o direito fundamental em questão, restaurar a ordem jurídica e social.

3.2 O custo dos direitos

Os recursos são finitos, ainda que as necessidades e desejos não o sejam¹⁹⁵. A tomada de decisões do agente político, na implementação dos direitos sociais, deve levar em consideração o peso da conduta e os interesses envolvidos, isso porque, a cada escolha, um lado é preterido. Escolher é, por definição, estabelecer preferências e prioridades¹⁹⁶.

A limitação dos recursos¹⁹⁷ impõe, ao administrador, a adoção de medidas que maximize sua aplicação, possibilitando a mais ampla cobertura de direitos. Ainda que a definição se dê com observância aos valores sociais, certo é que um indivíduo, setor ou comunidade não obterá o recurso necessitado ou o terá em quantidade insuficiente¹⁹⁸.

Quando diante de direitos, cujo exercício pressupõe uma atuação estatal positiva¹⁹⁹, os custos não podem ser ignorados. Ao optar entre a ampliação de uma ala hospitalar ou a

¹⁹⁴CANOTILHO (2003, p. 273)

¹⁹⁵“A escassez é um conceito utilizado pela Economia para explicar que as necessidades dos indivíduos são variáveis e ilimitadas enquanto os recursos disponíveis na natureza, para produzir esses bens, são limitados e, portanto, escassos.” (Barbara BEDIN, *A aplicação da análise econômica ao direito*. Disponível em: <<https://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4215.pdf>>, p. 536)

¹⁹⁶Ainda que a escolha não envolva diminuição de direitos, mas tão só seu *redimensionamento*, haverá interesses que, em certa medida, não foram atendidos, o que, por si, já pode gerar insatisfação, acentua Flávio GALDINO, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204.

¹⁹⁷De acordo com Philip BOBBITT e Guido CALABRESI, em *Tragic Choices*. Nova Iorque: W W Norton & Company, 1978, p. 19, 22, a escassez pode tanto ser natural quanto resultado de uma decisão prévia acerca da quantidade a ser produzido do bem em discussão. Há, então, dois momentos distintos na análise: determinação de primeira ordem e determinação de segunda ordem, respectivamente. Enquanto o primeiro estabelece os parâmetros de produção dos recursos, o segundo define como se dará sua alocação. (

¹⁹⁸“O problema central a respeito da definição das políticas é estabelecer que critérios podem ser justificativas plausíveis para a promoção desigual da distribuição de ativos sociais (uso essa expressão como denotativo de bens, serviços, oportunidades ou quaisquer outras possibilidades que possam ser de interesse dos membros de uma comunidade).”, Jean Carlos DIAS, *O controle judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 56.

¹⁹⁹Não obstante seja comum a atribuição de custos aos direitos positivos, certo é que também aqueles que não impõem, de forma imediata, um *agir estatal* demandam o emprego de recursos públicos. Em obra conhecida sobre o tema, Stephen HOLMES e Cass SUSTEIN (2011, p. 65) defendem que os direitos têm custos em virtude

construção de uma escola, o agente político sopesa direitos e, diante da escassez de recursos, faz sua escolha *trágica*²⁰⁰.

Ao tomar uma decisão quanto à alocação de recursos, o agente político deve ter a ciência dos custos envolvidos, tanto econômicos quanto jurídicos. A atuação administrativa, sobretudo na elaboração e implementação de políticas públicas²⁰¹, não se desarticula da economia, até porque essa atuação envolve disponibilidade orçamentária (dinheiro, em última análise). Se a atuação estatal é, em grande medida, responsável pela concretização dos direitos fundamentais, em destaque os sociais, as referidas atividades instrumentalizam sua implementação.

Admitido que os direitos sociais têm custos e que os recursos públicos existentes são limitados, há que se definir – tanto quanto possível – a existência de um mínimo a ser implementado, sob pena de malferir o texto constitucional. Entretanto, não se pode ignorar que nem sempre a concretização de um tão só *mínimo* suprirá o papel dos direitos sociais enquanto instrumento de justiça social e trunfo contra a maioria²⁰².

3.3 A reserva do possível

Há uma margem de ação atribuída ao legislador e ao administrador na definição de prioridades diante das limitações orçamentárias estatais. Para efetivar os direitos sociais – cuja finalidade de redução de desigualdades evidencia a atuação econômica que lhe é indispensável²⁰³ – faz-se necessária definir e alocar recursos que, de forma notória, são

dos remédios existentes para protegê-los. “*Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar.*”

²⁰⁰“Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida).” (GALDINO, 2005, p. 159)

²⁰¹“Políticas públicas, pois, são verdadeiras atividades políticas, qualificadas como programas estatais, que envolvem, dentre vários outros elementos, recursos públicos.”, Marcus Aurélio de Freitas BARROS, *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – Parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 62.

²⁰²“Quando o Estado está obrigado a fazer algo, é, em geral, duvidoso saber quando está ou não essa obrigação a ser incumprida, ou conhecer a partir de que momento passou a ser incumprida, qual é o alcance do incumprimento e o meio adequado de o conjurar.” (NOVAIS, 2010a, p. 127)

²⁰³“Assim, quanto mais direitos conquistados e reconhecidos pela posituação constitucional, mais se avultam os recursos exigidos para o aperfeiçoamento. Quanto menos recursos disponham as sociedades estatais para o atendimento dos meios com os quais se assegurem os serviços públicos assecuratórios dos direitos fundamentais sociais, mais se afasta a norma da prática constitucional.”, Cármen Lúcia Antunes ROCHA, *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2005, p. 453)

escassos²⁰⁴. A reserva do possível é fruto desta relação entre recursos escassos e liberdade de conformação do legislador. Trata-se de figura criada no direito alemão para solucionar problemas relacionados ao número de vagas nas universidades e o direito à educação. Na oportunidade, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que algumas prestações estatais sujeitam-se aquilo que pode ser exigido pelo indivíduo de forma razoável. Com isso, além da existência de recursos financeiros suficientes, a implementação dos direitos fundamentais sociais demanda, também, que tais recursos possam ser utilizados sem que isso cause um desequilíbrio no sistema jurídico.²⁰⁵

A estreita relação existente entre os direitos sociais e os recursos estatais disponíveis atuação estatal leva à conclusão de que, uma vez reduzida a capacidade econômica do Estado, menor será a implementação dos direitos sociais ou diminuída a concretização até então existente²⁰⁶.

A reserva do possível alia-se à escassez²⁰⁷ e não à impossibilidade absoluta. Não se pode ignorar, entretanto, que, em muitos casos, a escassez decorre das escolhas feitas, da definição de prioridades²⁰⁸.

Por se tratar de um dado fático que pode limitar a implementação de um direito social, surge a indagação: trata-se a reserva do possível, na verdade, de um limite que *invade* o próprio direito desde a origem? Se o direito fundamental social *nasce* já com a premissa de que sua implementação está condicionada às definições estatais em matéria de orçamento,

²⁰⁴“Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo conjunturas financeiras, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permita a afluência de recursos materiais na sociedade.”, Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

²⁰⁵Fabiana Okchstein KELBERT, *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.70.

²⁰⁶QUEIROZ (2006a, p. 99). De acordo com Jorge MIRANDA (2008, p. 444), somente é obrigatório aquilo que é possível e, uma vez sendo possível, torna-se obrigatório.

²⁰⁷“A questão da escassez de recursos econômicos como limite para o implemento estatal dos direitos fundamentais sempre desafiou a comunidade jurídica. A resposta a esse questionamento está intrinsecamente ligada ao exame do argumento da reserva do possível, a partir do qual se vislumbra o alcance da eficácia dos direitos fundamentais e do papel do Poder Judiciário no amparo das pretensões positivas dos sujeitos de direito.” (SOARES, 2010, p. 155)

²⁰⁸LOPES (2011, p. 162-163). Veja-se ainda NOVAIS (2010a, p. 91) “Assim, a reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível. Então, e uma vez que nas situações típicas de Estado social, pelo menos em situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta, mas moderada, a reserva do possível implica, mesmo da parte de um poder político empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas de distribuição de recursos e, conseqüentemente, conflitos entre as opções públicas selectivas de alocação de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos, sociais ou culturais.”

está-se diante de uma vertente da teoria interna e dos limites imanentes²⁰⁹. Há, entretanto, riscos decorrentes nesta concepção. Admitir que o Estado detém ampla autonomia para implementar os direitos sociais *à medida do financeiramente possível* – sobretudo quando este *financeiramente possível* é definido pelo próprio Estado quando da elaboração do orçamento – é aceitar que a concretização de direitos fundamentais está à disposição do poder público²¹⁰.

Ainda que a concretização de tais direitos não esteja dissociada das possibilidades econômicas estatais²¹¹, não parece correto firmar que se tratam de limites imanentes. A reserva do possível é um dado fático ou jurídico que não se confunde com o direito em si²¹², ainda que deva ser observado²¹³. Não obstante esse condicionamento fático, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode suportar restrições; somente aquilo que reside além deste mínimo poderá ser ou não implementado em virtude dos recursos públicos existentes. Ao legislador não é facultado elaborar o orçamento estatal sem considerar a implementação do conteúdo essencial dos direitos sociais²¹⁴.

Ademais, a limitação aos direitos sociais em decorrência da reserva do possível deve observar a regra de ponderação e o princípio da proporcionalidade²¹⁵. A liberdade de conformação do legislador ou órgão público não afasta a necessidade de fundamentação de suas escolhas na alocação de recursos, sobretudo quando há restrição de direitos.

²⁰⁹Este parece ser o entendimento de Reis NOVAIS (2010a, p. 101) quando afirma que os direitos sociais “são direitos ou deveres à medida do financeiramente possível, de realização progressiva, tendo em conta o que é razoável exigir do Estado, pelo que, no próprio plano jurídico, a verificação de uma eventual violação de um direito social só pode ser apurada, no caso concreto, tendo em conta as implicações e condicionantes financeiras que a reserva do possível sobre ele projecta.”

²¹⁰“Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (...) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando em enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social.” (CANOTILHO, 2003, p. 482)

²¹¹“A realização dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais. Depende também, e sobretudo, de condições económico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais (entrando nestas a sedimentação, na consciência jurídica geral a que, por vezes, se apela).” (MIRANDA, 2008, p. 433)

²¹²“(…) não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”. (SARLET, 2012, p. 288)

²¹³“A chave da eficácia dos direitos fundamentais não é a mesma que abre e fecha os cofres onde se guardam os dinheiros públicos, mas os sistemas que abrem os dois sistemas – o jurídico fundamental e o económico-financeiro – são acoplados para que o movimento de ambos seja concatenado e comprometido.” (ROCHA, 2005, p. 455)

²¹⁴MIRANDA (2008, p. 434)

²¹⁵“Especialmente num contexto em que a escassez de recursos parece inafastável, surge a necessidade de se fazer escolhas, tanto políticas quanto judiciais, quando o conflito for levado ao Judiciário. Nessas circunstâncias, o controle das escolhas deverá atender à proporcionalidade.” (KELBERT, 2011, p. 90)

Parece ingênuo afirmar a máxima efetivação dos direitos sociais independentemente da disponibilidade econômico-financeira do Estado. Ainda que se reconheça a vinculação existente, não se pode admitir que sua existência condicione e limite a observância aos ditames constitucionais atinentes aos direitos sociais²¹⁶.

Não são os direitos sociais que devem ser limitados para se enquadrarem no orçamento, mas este que deve ser elaborado de acordo com os direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos. A escassez é um fato, mas a obrigatoriedade dos direitos sociais também o é. Negar-lhes vigência é retirar do Estado de Direito uma de suas razões de existir.

²¹⁶“(…) os preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais contêm programas de socialização que dependem, para sua efectivação, da vontade política da comunidade – dos órgãos de direcção política, dos partidos e grupos sociais, dos cidadãos -, mas dispõem igualmente de garantias jurídicas, ainda que intensidade variáveis, que correspondem à sua qualidade essencial de direitos subjectivos fundamentais.” (ANDRADE, 2009, p. 391)

4 - Implementação de direitos sociais e políticas públicas

Os direitos sociais são compromissos estatais assumidos em determinado período histórico e “*em certa situação político-constitucional*”²¹⁷ e têm, como característica tradicional, a dependência de uma atuação do Estado que se dá por intermédio das *políticas públicas*. Tais políticas são programas de governo que têm por escopo a coordenação das atividades, estatais ou particulares, voltadas à realização de objetivos socialmente relevantes²¹⁸. São metas coletivas conscientes que põem em evidência a comunicação existente entre direito e política (aqui entendida como atividade de conhecimento e organização do poder).²¹⁹

O estudo das políticas públicas perpassa a relação entre direito e Estado (e o modelo adotado ou aceito). Contudo, para além de sua relação com a figura de estado (sobretudo por se tratarem de uma criação do Estado Social, marcado por seu intervencionismo), as políticas públicas materializam direitos fundamentais, conferindo concretude aos ditames constitucionais²²⁰. São, portanto, instrumentos que viabilizam a realização dos direitos sociais²²¹, reconhecendo a Constituição enquanto força normativa e motriz de um Estado de Direito.

4.1 Os custos da atuação estatal: entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Escassos os recursos, as disponibilidades financeiras estatais para implementação de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais poderão ser comprometidas. Contudo, será esta escassez fundamento razoável para que a Administração Pública deixe de implementar os direitos sociais? Ou, ainda, para que os implemente de forma insuficiente?

²¹⁷MIRANDA (2008, p. 427)

²¹⁸Para Leonel Pires OHLWEILER, em *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 291., as políticas públicas estão relacionadas com a atividade intervencionista do Estado na promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural e político.

²¹⁹Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²²⁰OHLWEILER (2011, p. 292)

²²¹Embora não se restrinja a eles, como aponta Leonel OHLWEILER (2010, p. 292).

Os direitos fundamentais, por se tratar de mandamentos vinculativos, não estão ao alvedrio do poder público. Sua implementação é obrigatória e a omissão estatal pode ensejar a intervenção do judiciário²²².

Contudo, os custos relacionados a esta concretização não podem ser ignorados. Ainda que as políticas de inclusão²²³ devam ser o foco do Estado Social, a dificuldade de sua implementação em tempos de carências financeiras é uma realidade.²²⁴

Entretanto, reconhecer que os direitos fundamentais têm custos – podendo estes serem ainda mais significativos quando se tratar dos direitos sociais²²⁵ – não autoriza a conclusão de que sua implementação dependerá exclusivamente das possibilidades financeiras do Estado; não se trata de análise de custo-benefício²²⁶. Exacerbar a utilização do argumento da *reserva do possível* é ignorar a vinculação do Estado ao catálogo de direitos fundamentais e a consequente obrigação de conferir e assegurar sua eficácia.

As limitações financeiras estatais devem ser levadas em consideração quando da definição das políticas públicas; contudo, não se pode olvidar que a discussão envolve *direitos fundamentais* que, enquanto *trunfos*, não estão submetidos a um juízo de conveniência e oportunidade estatal.

O custo dos direitos não é fundamento para inércia estatal e consequente desrespeito aos compromissos sociais assumidos pela Constituição²²⁷. A limitação orçamentária – e, em

²²²GÖTTES (2008, p. 38)

²²³“(…) avulta incontestável a responsabilidade dos diversos órgãos estatais, na realização das variadas funções, com o princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente com os direitos humanos e fundamentais. O encargo da atuação estatal em prol da promoção, do respeito e da proteção desses direitos possui um campo amplo de tutela que se estende desde a sua própria não-ingerência à seara individual até a proteção destes de transgressões de qualquer natureza praticada por quaisquer sujeitos.”, Melina Girardi FACHIN, *Direitos Humanos e Fundamentais. Do Discurso teórico à prática efetiva – Um olhar por meio da literatura*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, p. 99.

²²⁴José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 254-255.

²²⁵“Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro. (...) Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. (...) Diante disso, esses ‘gastos institucionais’, que são diluídos na efetivação de qualquer tipo de direito, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos de outro.”, ensina Virgílio Afonso da SILVA, *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 593.

²²⁶Este é o posicionamento de Flávio GALDINO (2005, p. 343) quando afirma: “A existência de um determinado direito fundamental, contudo, depende também e principalmente da verificação, dentre muitas outras condicionantes fáticas e jurídicas, das possibilidades financeiras para realizá-lo em um determinado momento e da justificação em termos de custo-benefício.”

²²⁷“As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as

consequência, a *reserva do possível* – resvala na falácia quando utilizada para destituir de eficácia os direitos sociais.

Neste cenário, o mínimo existencial exerce o papel de *contrapeso* ao argumento da reserva do possível: ainda que o Estado não tenha condições financeiras para uma extensa implementação dos direitos sociais, um mínimo que confira uma existência digna aos cidadãos deve ser assegurado. Comprovado que o Estado poderia ter feito mais, este mínimo deixa de ter lugar.

Eventual incapacidade financeira estatal de atender todas as necessidades sociais não é imanente ao direito social ou definidor das políticas públicas. A reserva do possível pode, se a tanto chegar, ser um condicionante no tocante à extensão da política estatal aludida, mas não um limitador de sua implementação. O núcleo essencial do direito fundamental discutido não pode ser restringido; somente o que lhe vai além pode suportar restrições decorrentes do argumento da *reserva do possível*.

4.2 A delimitação das políticas públicas

As políticas públicas são atos administrativos que envolvem a realização e desenvolvimento das esferas sociais, aproximando-se de um ideal de justiça social²²⁸. Não são meros atos de governo, mas programas estatais cuja duração estendida e continuada vai além dos mandatos dos governantes que se sucedem no poder²²⁹.

Em todas as suas espécies²³⁰ vê-se a atuação estatal voltada à concretização de programas e valores trazidos no texto constitucional. Os compromissos sociais assumidos pela Constituição definem as políticas públicas que deverão ser adotadas pelo Estado. A Constituição é, portanto, o elemento de referência e validade destes atos administrativos²³¹.

escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.”, Ana Paula BARCELLOS, *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 804.

²²⁸São, por essência, imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais.

²²⁹OHLWEILER (2011, p. 295)

²³⁰De acordo com José Reinaldo de Lima LOPES - *Judiciário, democracia, políticas públicas*. Revista de informação legislativa, v. 31, n.º 122, maio/jul 1994, p. 259 - , as políticas públicas podem ser divididas, principalmente, em: a) sociais (prestação de serviços essenciais e públicos, como saúde, educação); b) compensatórias (envolvem a previdência e assistência social); c) de fomento (créditos e incentivos fiscais); d) reformas de base (reforma agrária, urbana); e) de política de estabilização monetária.

²³¹Marcelo FIGUEIREDO, *O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral*. In: Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 721..

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais emprestam *fundamento* a toda a ordem jurídica, tornando-se *diretivas constitucionais* para a atuação do poder político. Por tal razão, não se pode considerar que a adoção de políticas públicas para implementação dos direitos sociais seja uma opção do administrador. Trata-se, ao contrário, de um dever decorrente de valores ínsitos à sociedade e constitucionalmente positivados.

Embora não se ignore que aspectos fáticos relacionados a recursos, custos, crises financeiras etc, poderão influenciar o alcance dos programas estabelecidos, esta *influência* não se confunde com um juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A escolha do programa a ser implementado diferencia-se da possibilidade de opção quanto à efetiva implementação. Ao Estado não é dado estabelecer, discricionariamente, se instituirá ou não políticas públicas; neste particular, o administrador não tem opção²³². Sua autonomia residirá na definição de como serão tais políticas²³³.

Não obstante exista um espaço para o exercício de juízo de conveniência e oportunidade pelo administrador – liberdade para definir como serão as políticas públicas relativas aos direitos sociais – faz-se necessária a definição de mecanismos que controlem esta atuação, a fim de evitar paternalismos ou definição de programas que não alcancem os objetivos sociais trazidos no texto constitucional²³⁴.

O processo político que precede a definição das políticas públicas pode – quiçá deve – contar com a participação democrática dos cidadãos; com isso assegura-se clareza e transparência na definição de prioridades²³⁵.

A participação democrática e dialógica possibilita à sociedade fiscalizar a definição, implementação e desenvolvimento das políticas públicas e, em última análise, a consecução dos valores que lhe são caros.

²³²“(…) é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem políticas públicas socialmente activas.”, CANOTILHO (2003, p. 409)

²³³No site do Ministério da Saúde brasileiro (<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/area/342/acoes-e-programas.html>), é possível vislumbrar inúmeras ações e programas voltados à implementação do direito social à saúde, como *Farmácia Popular*, *Combate à Dengue*, *Saúde toda hora*, *Saúde da família*, entre outros.

²³⁴“É importante, desta feita, que o processo de construção de políticas públicas passe por um modo-de-ser mais dialógico e não fundado em estruturas concentradas como vi de regra ocorre. Por óbvio que um dos principais articuladores na construção de políticas públicas continua sendo o Poder Executivo, mas a abertura dialógica é crucial para aumentar o nível de legitimidade de tais ações administrativas.” (OHLWEILER, 2011, p. 298)

²³⁵“Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade (...) como realização deseja pela sociedade. Nesse sentido, o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja “qualidade decisória”, no sentido de clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos. O sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com essa qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa.” (BUCCI, 2006, p. 269)

4.3 Implementação dos direitos sociais - uma análise de conveniência e oportunidade?

A implementação dos direitos sociais não está, portanto, adstrita a um juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Há, na verdade, um dever da Administração, não havendo que se falar em *concessões*²³⁶.

Ainda que presente, a liberdade de conformação do legislador não é irrestrita. O próprio vocábulo *conformação* evidencia que os poderes estatais devem ajustar-se aos preceitos constitucionais e não o contrário.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais surgiram para fortalecer o *homem* frente à figura do Estado²³⁷, sendo ilógico admitir que a definição do *quando* e *como* quede-se ao arbítrio do ente governamental. Tal entendimento ignoraria o equilíbrio que se tentou estabelecer a partir da figura dos direitos fundamentais como *trunfos*.

Os direitos sociais - formal e materialmente fundamentais²³⁸ - impõem ao Estado sua implementação, ao menos em um mínimo necessário para garantir a existência digna de seus titulares. Argumentos relacionados à limitação orçamentária estatal – notadamente a reserva do possível – não legitimam a inação do Estado na implementação das políticas públicas atinentes à concretização dos direitos sociais.

Pode-se admitir a existência de um juízo de conveniência e oportunidade quanto à definição de como serão tais políticas, mas não com relação à sua existência. Dito de outro modo, o Estado detém autonomia para estabelecer os programas, a extensão, o cronograma, entre outros, contudo não tem qualquer liberdade no tocante à concretização dos direitos sociais. Estes devem ser implementados, cabendo ao administrador definir tão somente a forma. A inércia estatal na realização das políticas públicas autoriza, como adiante se verá, a interferência do poder judiciário para sanear injustificável e inconstitucional omissão.

²³⁶“Por tudo isso, somos forçados a reconhecer que uma ‘política de direitos’ inclui necessariamente uma linguagem de ‘dever’. Os direitos fundamentais à educação, à segurança social ou à protecção da saúde não se apresentam como ‘concessões’ do legislador. Pelo contrário, constituem ‘deveres de protecção’ e ‘deveres de acção’ a cargo do Estado, que decorrem de imperativos constitucionais.” (QUEIROZ, 2010, p. 190-191)

²³⁷“Somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem.” (MIRANDA, 2008, p. 16)

²³⁸“Com efeito, os direitos sociais no Estado de Direito dos nossos dias são hoje amplamente tidos como direitos fundamentais por força da sua relevância material, enquanto exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana e, nos Estados constitucionais que assim o decidiram, por força do reconhecimento dessa qualidade por parte da Constituição.” (NOVAIS, 2010a, p. 31-33)

PARTE II – A JUDICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A partir da análise feita na primeira parte deste trabalho, conclui-se que os direitos sociais são direitos fundamentais que, como tais, devem ser concretizados. Esta obrigação, também como visto, foi conferida à Administração Pública, competente para elaboração e implementação das políticas públicas. Contudo, quando o poder executivo não confere a eficácia necessária aos direitos fundamentais sociais – seja por não implementá-los em absoluto ou por fazê-lo de forma insuficiente – poderia o judiciário – também um poder estatal – interferir? Esta é a análise a ser empreendida nesta segunda parte do trabalho.

1 - O princípio da separação de poderes

As noções relacionadas ao princípio da separação de poderes²³⁹ remontam à obra de Aristóteles que, já na antiguidade, defendia a não atribuição, a um só indivíduo, do exercício do poder. Maquiavel, em “O Príncipe”, apontou a existência, na França do século XVI, de três *poderes* distintos: legislativo, executivo e judiciário. Já no Estado inglês do século XVII, Locke analisou as quatro funções fundamentais distribuídas entre dois órgãos de poder: legislativa atribuída ao Parlamento, executiva cuja competência era do rei (esta desdobrada em mais duas, uma vez que, além das tarefas administrativas, havia uma função federativa relacionada ao poder de guerra e paz) e uma quarta, também atribuída ao rei, relacionada à prerrogativa de fazer o *bem público* sem subordinação às regras. Foi, contudo, na obra de Montesquieu que a teoria da separação de poderes assumiu os contornos hoje reconhecidos nos textos constitucionais em que se faz presente: três poderes – legislativo, executivo e judiciário²⁴⁰

²³⁹(Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO - *Curso de Direito Constitucional*, 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 122-123 -esclarece que *separação de poderes* é a divisão funcional do poder, a tripartição das funções do estado, uma vez que o poder é uno. Na mesma linha, é possível citar, no direito português, Gomes CANOTILHO (2003, p. 551) que aborda a separação *funcional* dos órgãos constitucionais. Para ele, “*quando se fala de 'repartição' ou 'separação' é a actividade do Estado e não o poder do Estado. O resultado desta divisão não é a existência de vários 'poderes', mas a existência de funções diferenciadas.*” Neste trabalho, adota-se o termo *poder*, muito embora, na linha dos doutrinadores citados, se refira antes a separação de *funções*.

²⁴⁰Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.217-219.

Em um primeiro momento, o império da lei justificou a preponderância conferida ao poder legislativo, diante da necessidade de coibir os desmandos do monarca. Ao judiciário era atribuída tão só a função de *bouche de la loi*, ou seja, de *aplicador mecânico da lei*.²⁴¹

O Estado Liberal que à época nascia, fruto das revoluções ocorridas nos séculos XVIII e XIX, tinha como propósito a defesa dos indivíduos perante o poder público. Neste momento²⁴², pretendeu-se, com o princípio da separação de poderes, o fortalecimento da ideia de liberdade individual, enfraquecendo, conseqüentemente, a intervenção estatal na esfera de vida privada²⁴³. Foi ele incluído no artigo 16 da Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que dispunha: “*Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*”

O princípio da separação de poderes e a garantia de direitos tornam-se peças essenciais na limitação do poder soberano; sem a separação de poderes, os direitos fundamentais tornar-se-iam declarações de intenções sem conteúdo vinculante para o Estado²⁴⁴.

As desigualdades criadas pelo Estado liberal²⁴⁵, levam ao surgimento de um novo paradigma: o Estado social²⁴⁶ que, apoiando-se nas conquistas de seu antecessor, aprofunda a ideia de igualdade social.²⁴⁷

A partir do momento em que Estado de direito e democracia se encontram, fala-se em um Estado constitucional²⁴⁸.

²⁴¹Nuno PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 91-96.

²⁴²De acordo com Dalmo DALLARI (2010, p. 216), mais tarde, o referido princípio teve sua análise e aplicação voltada à eficiência do Estado, obtida a partir da divisão de suas funções.

²⁴³“Os direitos fundamentais, neste contexto essencialmente de direitos de liberdade perante o Estado, exigem sobretudo a abstenção deste. O princípio da separação de poderes, como princípio de limitação do poder político, pretende favorecer essa abstenção, garantindo, em primeira linha, o gozo efectivo desses direitos de liberdade perante o Estado. A um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade – eis outra trave-mestra do ideário liberal.” (PIÇARRA, 1989, p. 185)

²⁴⁴PIÇARRA (1989 p. 190-191)

²⁴⁵Para Nuno PIÇARRA (1989, p. 187) , a própria ideia de direitos fundamentais – também ínsita ao Estado liberal – não se coaduna com o princípio da separação de poderes como mero *corrosivo do poder do Estado* em nome da liberdade econômica; liberdade esta que pode ser confundida – e de fato é – com *liberdade dos proprietários*. No mesmo sentido, entende Dalmo DALLARI (2010, p. 221) ao apontar as críticas existentes ao princípio da separação de poderes: “*A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes.*”

²⁴⁶Para Jorge MIRANDA (2003, p. 97), o Estado social é uma segunda fase do Estado constitucional.

²⁴⁷“O Estado passou a atuar sobre a sociedade e sobre a economia com finalidades sociais e de desenvolvimento econômico; para além das garantias formais, perseguia-se a tutela substantiva de condições sócio-econômicas para os indivíduos.” (NETTO, 2010, p. 30)

²⁴⁸“O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado como uma constituição limitadora do poder através do império do direito. (...) O **Estado constitucional** é ‘mais’ do que Estado de direito. (...) Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de

A Constituição deixa de ser vista como tão só compilado de normas, para tornar-se fundamento de validade do ordenamento jurídico, vinculando a atuação dos poderes²⁴⁹. O judiciário torna-se o guardião dos direitos fundamentais, um contrapeso ao executivo e legislativo²⁵⁰. A visão estanque até então emprestada ao princípio da separação de poderes não mais se sustenta²⁵¹.

Surgem os contornos de um controle de constitucionalidade sobre os atos do poder público atribuído ao poder judiciário²⁵², cujo momento de maior destaque é reconhecido como o julgamento do caso *Marbury x Madison*, em 1803, pela Suprema Corte norte-americana. A necessidade de controle dos atos dos poderes públicos – bem como sua legitimidade – decorre do próprio reconhecimento da força normativa e vinculante da constituição²⁵³.

Os poderes do Estado têm sua atuação limitada e ditada pelo texto constitucional e, ao poder judiciário, compete a fiscalização e saneamento, quando for o caso. As novas exigências sociais impostas ao Estado ampliaram sua esfera de atuação²⁵⁴, dinamizando as funções e atribuições de cada um de seus poderes²⁵⁵. Muito embora cada um deles detenha

'charneira' entre o 'Estado de direito' e o 'Estado democrático' possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático." (CANOTILHO, 2003, p. 99-100)

²⁴⁹"A constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior directamente vinculante em relação a todos os poderes públicos." (CANOTILHO, 2003, p. 888)

²⁵⁰PIÇARRA (1989, p. 196) "(...) a partir do Século XX, sobretudo após a década de 1940, instigado pela necessidade de defesa de minorias e direitos sociais, o Poder Judiciário aos poucos veio abandonando sua postura estática". lembra ainda Isalino Antonio GIACOMET JÚNIOR, *O Fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas e a Súmula Vinculante n.º 11 do STF*. In: Revista Criminal, ano 04, vol. 12, set./dez. 2010, p. 104.

²⁵¹"Em sua concepção contemporânea, uma vez que a ameaça do absolutismo cessou e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades antes desconhecidas do Estado Liberal, não haveria mais lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação de poderes.", Cristiano da C. P. Villela PEDRAS, *Alternativas Democráticas ao Crescente Ativismo Judicial no Brasil*. In: Revista do Ministério Público, n. 44, abr./jun. 2012, p. 19.

²⁵²Não obstante haja instrumentos para esse controle tanto pelo poder executivo – vide, no Brasil, o poder de veto do Presidente da República - e poder legislativo – há, na organização interna do Congresso Nacional brasileiro, comissões voltadas à análise da constitucionalidade dos projetos de lei em tramitação – para o objetivo deste trabalho, focar-se-á no controle de constitucionalidade jurisdicional.

²⁵³"O carácter de norma jurídica directa e imediatamente vinculativa atribuído à constituição e a necessidade de considerar a garantia e segurança imediata da lei fundamental como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional colocam, logicamente, o problema do controle principal da conformidade dos actos dos poderes públicos como a constituição como uma das questões-chave da moderna 'constitucionalidade'." (CANOTILHO, 2003, p. 892)

²⁵⁴"Críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental que lembra a polémica a respeito dos poderes e das funções do Estado. Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais." (DALLARI, 2010, p. 222)

²⁵⁵"Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração

atividades específicas, o exercício de outras não está excluído²⁵⁶. A figura do Estado Constitucional – ou, ainda, do Estado dos direitos fundamentais²⁵⁷ ou Estado Constitucional ou Democrático de Direito - não aceita a sobreposição de qualquer um dos poderes ou um judiciário atrofiado²⁵⁸.

1.1 – O poder judiciário no quadro das funções do Estado

Ao poder judiciário compete *declarar o Direito e julgar*; dito de outra forma, é-lhe conferida a competência para defender os ditames constitucionais, diante dos atos públicos, além de apreciar os conflitos que lhe são apresentados. Cabe a ele, como guardião da constituição, *fiscalizar e controlar* os demais poderes^{259/260}.

No Estado Constitucional, Representativo e de Direito – voltada à observância e obediência das garantias constitucionais – o poder judiciário floresceu, tornando-se, para Nuno Piçarra, um *contrapoder*, diante do seu comprometimento restrito à *lei* e sua natureza *exclusivamente jurídica* (contraposta à natureza política do legislativo). (1989, p. 259-260)

de poderes”, José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 31 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008, p. 109.

²⁵⁶Na Constituição brasileira estão previstas, ao menos, duas figuras do processo legislativo de competência do poder executivo: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...) Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.” (BRASIL, 1988)

²⁵⁷A expressão *Estado de Direitos Fundamentais* tem sido utilizada na doutrina portuguesa v.g. por Gomes Canotilho e Reis Novais. Veja-se ainda a formulação de Cristina QUEIROZ (2006a, p. 207): “(...) o reconhecimento pleno dos direitos fundamentais sociais implica uma ‘mudança conceptual’ ou, se se preferir, noutros termos, o abandono de uma concepção ‘restritiva’ desses direitos e pretensões no seu conjunto, já que a ‘transformação’ ocorrida no conceito de ‘constituição’ – e ‘a fortiori’ do próprio conceito de ‘constitucionalismo’ – de quadro de organização do poder político a objecto central do sistema jurídico, logo de um ‘sistema de fontes’, transforma o Estado num Estado de Direitos Fundamentais.”

²⁵⁸“Dentre os vários tipos de controlo interorgânico ou intra-estadual avultam os controlos jurisdicionais, quer da legalidade da administração quer da constitucionalidade da legislação, evidenciando a ‘ascensão’ nítida do poder judicial que é, por isso, hoje a contra-imagem do ‘pouvoir en quelque façon nul’ preconizado por Montesquieu, onde ele se chegou a pretender institucionalizar.” (PIÇARRA, 1989, p. 259)

²⁵⁹“Cada vez mais o cidadão é desenvolto para litigar contra o Estado, em suas inúmeras configurações. E o Judiciário é o único poder que tem condições de colocar o Estado em xeque. (...) Hoje, a justiça já não é o braço armado do poder político. Ela continua a existir no mundo de valores em frangalhos. O crepúsculo axiológico vem a coincidir com a aurora da justiça. O justo já não coincide sempre com a lei. Em outras palavras, a lei não detém o monopólio do justo. A justiça é cada vez mais constitucional e revive como espaço de arbitragem permanente entre os interesses em conflito.”, José Renato NALINI, *O Poder Judiciário na Constituição de 1988*. In: *Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 981.

²⁶⁰André Ramos TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1207-1208.

A esta atividade de aplicação direta da Constituição, tanto no controle dos atos públicos quanto na interpretação e aplicação dos ditames constitucionais, deu-se o nome de *jurisdição ou justiça constitucional*^{261/262}

É neste cenário de destaque da Constituição e do Direito – este reconhecido como instrumento de transformação social e aquela como vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico e de atuação da atividade estatal – que o poder judiciário e a jurisdição constitucional têm sua relevância reconhecida e consolidada.²⁶³

Este fortalecimento do poder jurisdicional – assim como a ampliação da garantia do acesso à justiça - trouxe um considerável incremento na propositura de ações relacionadas aos direitos sociais, sobretudo no tocante às políticas públicas. Tem-se, aí, um *deslocamento do centro das decisões* para o poder judiciário, com uma atuação mais assertiva dos juízes que não podem se manter indiferentes às questões éticas, políticas e sociais diante de seu papel na afirmação da cidadania e concretização dos valores constitucionais.²⁶⁴

Esta postura interventiva do poder judiciário não está livre de críticas. Lenio Streck²⁶⁵ aponta dois eixos temáticos claramente divergentes neste debate: os que defendem que, na jurisdição constitucional, ocorre uma equivocada e ilegítima intervenção do poder judiciário em questões afetas aos outros poderes e os que consideram fundamental a justiça constitucional, uma vez que fortalece a relação Constituição/Sociedade.

No esteio da teoria procedimentalista, Jürgen Habermas rechaça a possibilidade de *criação do direito* pelos juízes. Sua teoria do direito, pautada no discurso, descarta a existência de valores sociais decorrentes do texto constitucional. Os direitos, diz Habermas²⁶⁶, não se confundem com valores, pois expressam um sentido deontológico que obriga os destinatários da norma, o que os afastam da *relação de preferência* inerente à figura do valor. Ao adotar a *realização de valores materiais*, a jurisdição constitucional transforma-se em instância autoritária pautada em juízos irracionais.

²⁶¹Gomes CANOTILHO (2003, p. 896) divide a justiça constitucional em dois modelos: unitário e de separação. No primeiro, todos os tribunais podem – e devem – aferir a constitucionalidade, ou não, do ato normativo guerreado. Já no modelo de separação, a justiça constitucional é confiada a um Tribunal especificamente competente para os debates constitucionais.

²⁶²Luís Roberto BARROSO, *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 227-228.

²⁶³Livia Mendonça COELHO, *A (re)dimensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro: considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões de mandado de injunção*. In: Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, ano 95, out./jan. 2009/2010, p. 63.

²⁶⁴*Idem, ibidem*.

²⁶⁵STRECK (2011, p. 82)

²⁶⁶HABERMAS (2003, p. 314-326).

O papel dos tribunais limitar-se-ia, portanto, a aplicar o direito sem qualquer liberdade “criativa”. A inexistência de vontade popular que o legitime, afasta do judiciário a possibilidade de *interpretar e configurar o sistema de direito*.²⁶⁷

Em sentido diametralmente oposto, a teoria substancialista atribui à jurisdição constitucional o papel de intérprete do direito democraticamente produzido no texto constitucional. Com isso, ao judiciário definir o alcance das regras democraticamente criadas para conferir-lhes ampla eficácia. É, portanto, da justiça constitucional a tarefa de concretizar a força normativa da Constituição²⁶⁸.

Assim, os tribunais, ao declararem a constitucionalidade ou não de determinada norma, manifestam-se sobre sua *validade* diante do texto constitucional, *dizem o direito* sob a perspectiva da unidade sistêmica do ordenamento jurídico em que a Constituição ocupa posição hierarquicamente superior²⁶⁹. À vigência agrega-se a validade e, nela, a necessidade de adequação da norma aos ditames constitucionais.

A despeito do reconhecimento da necessidade de intervenção do judiciário para conferir eficácia ao texto constitucional – particularmente aos direitos fundamentais sociais – não há que se confundir as premissas defendidas pela teoria substancialista com o ativismo judicial, diante do risco deste desbordar para o arbítrio e decisionismos, hipótese não contemplada na referida teoria²⁷⁰.

O judiciário não é um poder apático; sua interferência presta-se a assegurar a observância dos ditames constitucionais e valores sociais, sendo inadmissível sua redução a um tão só *aplicador mecânico da norma*.

1.2 – A separação de poderes como eventual óbice à intervenção judicial nas políticas públicas?

A premente necessidade de impedir a constante intervenção estatal na esfera de vida privada do indivíduo resultou na criação de um catálogo de direitos fundamentais e na desconcentração de poderes das mãos do monarca. A atribuição de poderes diferenciados a

²⁶⁷*Idem*, (2003, p. 324)

²⁶⁸STRECK (2011, p. 86-88)

²⁶⁹“É certo que no momento decisionístico do acto de julgar, de dizer o direito (*‘juris dicere’*), o Tribunal terá de ter em conta a globalidade do sistema jurídico, o que significa que terá de proceder previamente a uma interpretação.” (QUEIROZ, 2006b, p. 31)

²⁷⁰Esta diferenciação é firmemente apontada por Lenio STRECK (2011, p. 87, nota 28) que afirma: “O modelo substancialista não se coaduna com ativismos judiciais (e/ou decisionismos) que venham a colocar em xeque a relação ‘constitucionalismo-democracia’.”

figuras diversas possibilitou o desabrochar da sociedade, bem como do próprio do Estado, se considerados, também, aspectos relacionados com a eficiência de sua atuação²⁷¹. Entretanto, a realidade no Estado Democrático de Direito não se coaduna com uma separação estanque de poderes²⁷².

Ao poder judiciário foi imposta uma nova postura, uma atuação mais fiscalizadora e, quando necessário, mais assertiva. Seu papel ampliou-se com o reconhecimento da força normativa e vinculativa da Constituição e, conseqüentemente, com a imposição de seus valores à atuação dos poderes executivo e legislativo.

A ordem constitucional estabelece todo o arcabouço fático-jurídico limitador e legitimador da atuação dos poderes estatais, de forma que sua inobservância autoriza a intervenção do poder judiciário (quando provocado, por certo!) respeitados os limites por ela definidos.

Não são desconhecidas as críticas a esta intervenção²⁷³, entretanto não se pode limitar ou impedir a atuação jurisdicional na implementação dos direitos fundamentais sociais sob o argumento de que haveria um exercício arbitrário do *poder de dirimir conflitos*. Retratado o princípio da separação de poderes a partir da ideia de *divisão de poderes*, vê-se, na jurisdição constitucional (nesta atuação do judiciário pautada na garantia dos ditames constitucionais), uma afirmação do referido primado, uma vez que impede a excessiva concentração de poderes em um órgão, o que ameaçaria a própria democracia²⁷⁴. Eventual defesa da impossibilidade de atuação do poder judiciário na implementação dos direitos sociais encontra

²⁷¹Para Cristina QUEIROZ (2006b, p. 53), a *divisão* de poderes – com *primazia na construção jurídica de direitos* atribuída ao legislador – é pressuposto de um Estado de Direito Democrático e constitucional, não obstante aponte o *dilema* da não atuação ou atuação *arbitrária* do legislador.

²⁷²“Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação de poderes está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.” (DALLARI, 2010, p. 223)

²⁷³Em texto recentemente publicado, Rodrigo de Oliveira KAUFMANN - *O Congresso das perguntas e o STF das respostas*. CONJUR, 2013, s/p. (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/observatorio-constitucional-congresso-perguntas-stf-respostas>>) - alerta para a *onipotência judicial* que coloca em situação de desprestígio os demais poderes. Já Rafael Tomaz OLIVEIRA, em *O Congresso e o invencionismo hermenêutico do STF*. CONJUR, 2013, s/p. (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/diario-classe-parlamento-invencionismo-hermeneutico-stf>>).- vai mais além ao tratar do *invencionismo hermenêutico* como a atuação judicial pautada em *indícios ou hipóteses interpretativas* construídas arbitrariamente pelos julgadores. (

²⁷⁴“Aqueles que, pelo contrário, persistem em afirmar que a justiça constitucional é incompatível com a soberania do legislador, apenas desejam dissimular o desejo de potência política do órgão legislativo que, em óbvia contradição com o Direito positivo, não quer ser tolhido pelas normas da Constituição. Ainda quando se aprove essa tendência por razões de oportunidade, não existe argumento jurídico que a possa justificar.”, Hans KELSEN, *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. In: Direito Público n.º 1, Jul-Ago-Set/2003, p.109. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/504/507>>.), p. 109.

fundamento somente com a aceitação de um conceito rígido de separação de poderes, o que não se justifica atualmente²⁷⁵.

O Estado democrático de direito pauta-se na observância e implementação dos valores constitucionais, no reconhecimento da força normativa do texto constitucional e, conseqüentemente, na existência de mecanismos que assegurem sua observância, como o controle de constitucionalidade. Entendimentos que minimizem ou retirem do poder judiciário atribuições inerentes a este controle e fiscalização afetam notadamente o próprio princípio democrático.

Não obstante Jorge Reis Novais entenda não ser tarefa fácil encontrar fundamento que autorize o juiz constitucional a impor, ao Governo democraticamente eleito, o cumprimento de deveres ou, ainda, invalidar suas decisões²⁷⁶, certo é que esta ingerência jurisdicional se pauta na própria Constituição. A imposição ou invalidação aludida tem por escopo implementar garantias constitucionais ou retirar do mundo jurídico ato executivo ou legislativo contrário ao texto constitucional. É, portanto, do texto constitucional que decorre a autorização para que o poder judiciário interfira na esfera de atuação originalmente atribuída aos demais poderes²⁷⁷.

²⁷⁵“A questão está em abandonar a separação de poderes como um modelo puro, de alcance universal, estagnado conforme o design constitucional escolhidos pelo Poder Constituinte originário, a retratar a função de cada um dos órgãos políticos sob um prisma formal.” (PAULA, 2011, p. 281) No mesmo sentido, é o entendimento de Cristina QUEIROZ (2006b, p. 113).

²⁷⁶Vide NOVAIS (2010a, p. 33)

²⁷⁷Para Cláudio Pereira de SOUZA NETO - *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 520 -, o princípio da separação de poderes não retira, do judiciário, a legitimidade para atuar na implementação dos direitos sociais, uma vez que deve ser ele entendido – a partir da ideia do *sistema de freios e contrapesos* – como uma “complexa trama de implicações e limitações recíprocas” que “prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro.”

2 – A proposta do ativismo judicial

Estudos sobre o *ativismo judicial* esbarram, inicialmente, nas dificuldades de sua definição. O termo é comumente associado à *exacerbada* intervenção jurisdicional no âmbito das atribuições dos poderes executivo e legislativo²⁷⁸ e tem sua origem associada ao jornalista Arthur Schlesinger Jr. que, em 1947, analisando os magistrados que então compunham a Suprema Corte americana, dividiu-os em *ativistas* e *contidos*.²⁷⁹

A despeito das tentativas existentes para esta definição²⁸⁰, o posicionamento mais acertado parece ser aquele que, longe de delimitar os contornos exatos da expressão, analisa seus efeitos e resultados. Associado a uma conduta assertiva do judiciário em questões que, até então, estavam sob o abrigo das atribuições dos demais poderes, há que se perquirir, no tocante ao ativismo, sobre a possibilidade de sua ocorrência, seus limites e suas consequências.

2.1 Os parâmetros de atuação do judiciário e a justiciabilidade dos direitos sociais

Reconhecer a plenitude dos direitos sociais é admitir a possibilidade de sua implementação pelo judiciário quando o executivo se queda inerte nesta tarefa (ou a satisfaz parcialmente), sob pena de esvaziar a característica de imediatidade que os definem. Como visto, tais direitos são implementados por intermédio das políticas públicas, concretizadas

²⁷⁸Luís Roberto BARROSO - *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283-284 - considera que há conduta ativista quando o poder judiciário interfere, de forma ampla e intensa, no espaço de atuação dos demais poderes com o fito de concretizar valores e fins constitucionais. De acordo com o autor brasileiro, há ativismo quando: a) aplica-se o texto constitucional a situações não expressamente previstas em seu texto e independentemente de prévia manifestação do legislador ordinário; b) declara-se inconstitucional ato normativo “com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição” e c) impõe-se a adoção de condutas ou abstenções em questões de políticas públicas.

²⁷⁹Daniel Giotti de PAULA, *Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política*. In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011, p.283.

²⁸⁰Dimitri DIMOULIS e Soraya Gasparetto LUNARDI - *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 461-462 - apontam duas alternativas para a definição do termo : uma de cunho quantitativo e outra qualitativo. Para a primeira, são ativistas as decisões que interferem em demasia nos demais poderes, afetando o princípio da separação. Já a alternativa qualitativa passa ao largo da frequência com que se dá a intervenção, pautando-se nos critérios utilizados para sua ocorrência. A utilidade da referida diferenciação, não obstante a louvável tentativa, é pouca ou nenhuma uma vez que não parece ser possível definir, de maneira abstrata, critérios ou frequência que estabeleçam quando a atuação jurisdicional é ativista.

pelos poderes legislativo e executivo. Neste cenário, a competência do poder judiciário para tratar de políticas públicas será sempre residual, restrita aos casos em que executivo e legislativo são omissos ou contrariem os *núcleos constitucionais de irradiação*.²⁸¹

Assegurar a jusfundamentalidade dos direitos sociais – e, em consequência, a eficácia do catálogo de direitos fundamentais – demanda a superação de eventuais obstáculos que impeçam a apresentação, pelo interessado, de um pedido judicial que leve ao cumprimento de algumas das obrigações que deles decorrem. Afirmar que os indivíduos gozam deste ou daquele direito social é assegurar condições efetivas de que, quando – ou se - necessário, possa ele demandar em juízo a prestação estatal²⁸².

Não obstante seja da competência do poder público a criação das condições necessárias à implementação dos direitos sociais²⁸³, o poder judiciário não pode se furtar à responsabilidade que lhe outorga a Constituição Federal brasileira ao garantir o acesso à justiça.

A justiciabilidade das políticas públicas é uma consequência da marcante nota de efetividade que caracteriza os direitos fundamentais, de forma que assegurá-los sem garantir um eventual controle em caso de inobservância seria o mesmo que não os afirmar em absoluto²⁸⁴. A efetivação dos direitos fundamentais – compromisso do Estado Democrático Constitucional – autoriza – quiçá impõe – uma proteção suficiente.²⁸⁵

A intervenção judicial torna-se, quando omissa o poder público, indispensável ao cumprimento daquilo que a norma constitucional tentou resguardar. Diante disso, o judiciário deve estar preparado para atuar de maneira efetiva no âmbito dos direitos sociais, uma vez que a lacuna porventura deixada pelo legislativo e executivo na implementação das políticas públicas relacionadas com os direitos sociais oportunizou-lhe tal ingerência. Por certo que a legitimidade desta interferência – bem como sua constitucionalidade – far-se-á caso a caso e respeitada a esfera de liberdade²⁸⁶ de conformação dos poderes legislativo e executivo²⁸⁷.

²⁸¹ Osvaldo CANELA JUNIOR, *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147-148.

²⁸² ABRAMOVICH; COURTIS (2004, p. 37)

²⁸³ Não obstante a separação de poderes se preste a garantir a limitação do poder político (Riccardo GUASTINI, *Estudios de Teoria Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 235), não se encontra nela uma autorização para inércia do poder judiciário na defesa dos legítimos interesses dos titulares dos direitos fundamentais ineficazes.

²⁸⁴ “Se não há disponibilização de veículo de fruição do bem da vida, encontra-se violado o direito fundamental social. Da mesma forma, a disponibilização de veículo que, por suas deficiências, gere desigualdade social constitui violação e, portanto, lesão a direito fundamental social.” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 155-156)

²⁸⁵ Hermes ZANETTI JR., *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional*. In: Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr/jun 2010. p. 70.

²⁸⁶ Discrecionalidade não se confunde com liberdade absoluta. Até porque mesmo quando no exercício do poder discricionário, a Administração deve respeitar os direitos, liberdades e garantias (assim como os direitos culturais, sociais e políticos). “(...) a presença de discricionariedade no ato administrativo não implica insindicabilidade pelo juiz, pelo contrário, significa que sua análise ocorrerá sempre, com base nas máximas da

Oswaldo Canela Junior²⁸⁸ estabelece interessante diferenciação temporal no reconhecimento judicial dos direitos sociais: declarar e executar. Para ele, inexiste óbice à imediata *declaração* de que o direito fundamental foi violado; contudo, a *execução* do julgado não se dá no mesmo momento. Assim, na fase de declaração de afronta ao direito social (primeiro momento), analisa-se a questão a partir da observância aos fins constitucionais definidos. Após o trânsito em julgado da decisão que reconhecer a lesão, o Estado deverá realinhar suas políticas a fim de observar o comando proferido²⁸⁹. Haveria, a partir de então, limites à intervenção do poder judiciário na medida em que a execução de seu julgado deve ser adaptada às possibilidades orçamentárias do Estado.

A divisão empreendida pelo autor nada mais faz do que reconhecer, ao fim e ao cabo, a *submissão* das decisões judiciais à agenda política estatal. Admitir que a lesão a direito fundamental não seja imediatamente saneada é aceitar que este direito não detém qualquer eficácia, podendo ser implementado ou não a partir de vontade política do poder público. Acolher tal argumento é, em última instância, assentir com a premissa de que a Constituição nada mais é que uma *folha de papel*.

Por certo que as questões voltadas aos recursos públicos – sua limitação – são temas constantes nas análises voltadas à intervenção judicial e não podem ser ignoradas. O debate não prescinde da análise dos aspectos políticos que são inerentes ao desenvolvimento das políticas públicas, como, por exemplo, saúde (construção de hospitais, fornecimento de medicamentos), educação (construção de escolas) e segurança (construção de presídios) – e a prioridade que se confere a um ou outro. Contudo, está-se diante de direitos fundamentais que, por definição e natureza, demandam concretização.

Para Rosco Pound, a atuação jurisdicional – implementada pelos juízes – pode, por vezes,

proporcionalidade, sendo feita com critérios fáticos e jurídicos, dentro de uma compreensão adequada dos direitos fundamentais.” (ZANETTI JUNIOR, 2010, p. 71)

²⁸⁷“(…) não caberão ao Poder Judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, tampouco a edição dos consequentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da eficiência.” (MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 430)

²⁸⁸CANELA JUNIOR (2011, p. 150-151)

²⁸⁹“Tal situação, segundo nossa proposição, não impede o Poder Judiciário de declarar a violação do direito fundamental social invocado. Entretanto, o provimento jurisdicional há de ser ajustado no tempo, e segundo critérios programáticos, a fim de que o orçamento do município seja com ele compatibilizado. A distinção ora proposta, por conseguinte, afasta a paralisação da atividade jurisdicional e ensaja a vinculação do orçamento ao provimento jurisdicional no tempo. Admite, de outro vértice, que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática, erigindo o processo em instrumento de realização da democracia social.” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 150)

ser influenciada por fatores subjetivos²⁹⁰. Não obstante, entende o autor que o julgador é aquele que melhor detém o conhecimento da lei, de maneira que é ele quem melhor poderá implementar as ideias nela incutidas²⁹¹.

Assim, este ativismo, esta postura assertiva do judiciário, é objeto de constante estudo (e críticas), sobretudo diante do princípio da separação de poderes supra aludido. Em regra, ao poder judiciário não é facultado imiscuir em questões de políticas públicas. Contudo, como pontua Claudinei Göttems²⁹², a legitimidade da atuação judicial decorre da omissão executiva na implementação dos direitos sociais²⁹³. Assim, haverá uma *transposição* da legitimidade para o poder judiciário diante de seu dever constitucional de proteger os valores fundamentais consagrados pela maioria no texto normativo constitucional.

Não se concebe um judiciário que se furte de cumprir seu *mister* constitucional: decidir. Neste cenário, torna-se possível – e necessário se a tanto chegar – sua manifestação quanto à observância dos direitos sociais e consequente implementação, tal como assegurado e vislumbrado pelo texto constitucional²⁹⁴. Eventual postura passiva do judiciário pode levar ao *sufocamento* dos direitos fundamentais de grupos politicamente menos expressivos.

A contenção judicial²⁹⁵ – polo contrário ao ativismo – não parece ser a melhor resposta, uma vez que restringe o espaço de atuação do judiciário na interpretação do texto constitucional (aumentando, em consequência, a esfera de autonomia do legislador ordinário). Quando o processo político representativo alcança ampla capacidade de representação e legitimação dos anseios sociais e constitucionais, a intervenção judicial retrocede por ser desnecessária. Entretanto, este cenário ainda não se fez presente, impondo ao poder judiciário avançar no processo político e social, saneando os vícios e máculas deixados pelos demais

²⁹⁰“(…) juízes humanos não podem evitar que fatores puramente subjetivos lhes influam sobre a ação e, na realidade, a determinem.”, Roscoe POUND, *Justiça conforme a lei*. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 39.

²⁹¹*Idem*, POUND (1965, p. 40)

²⁹²GÖTTEMS (2008, p. 41)

²⁹³“Nesse contexto, sempre que houver ação ou omissão dos demais poderes tendentes a violar ou ameaçar de lesão eventual direito subjetivo, individual ou coletivo, a atuação judicial estará legitimada. A recusa do Judiciário, por qualquer argumento/fundamento, para apreciar a questão importará em passivismo, mal de gravidade semelhante ao ativismo, pois se neste o Judiciário exorbita a sua função; naquele se omite de exercer o papel conferido pelo ordenamento jurídico.” (SILVA, 2011a, p. 64)

²⁹⁴“Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sócio- política dos dias presentes.”, Silvio DOBROWLSKI, *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*, 2010, p. 99. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>>.

²⁹⁵De acordo com Ronald DWORKIN - *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 216-217 - há duas formas de moderação judicial: o ceticismo político e a deferência judicial. Na primeira, não há o reconhecimento de que os cidadãos têm direitos morais contra o Estado. Assim, somente a violação aos direitos jurídicos dariam ensejo à atuação jurisdicional. Na deferência judicial, admite-se a existência dos aludidos direitos morais, entretanto sua força e caráter são discutíveis, cabendo seu reconhecimento a instituições políticas outras que não os tribunais.

poderes²⁹⁶.

A partir da realidade existente, espera-se do poder judiciário uma postura mais ativista, voltada à interpretação do texto constitucional²⁹⁷ e, consequentemente, à implementação dos direitos fundamentais sociais²⁹⁸. Desta forma, considera-se dificultosa – quiçá impossível - a definição prévia de parâmetros para a atuação do judiciário nas políticas públicas²⁹⁹. Isso porque a análise há que ser feita caso a caso, sem que seja possível ignorar premissa básica para o reconhecimento desta legitimidade: a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, o que, em última instância, é a garantia da própria Constituição.

2.2 – A judicialização da política e a politização do judiciário

Esta postura *ativista* do judiciário tem parte de sua origem atribuída ao papel conferido à Constituição a partir do Estado Democrático de Direito; o reconhecimento de que seus preceitos são normas que vinculam todo o ordenamento jurídico possibilitou a ascensão institucional do judiciário que, até então, era tido como aplicador mecânico da lei. A força normativa da Constituição impõe uma contínua análise da adequação das leis aos seus ditames; sua supremacia inviabiliza a permanência, no ordenamento jurídico, de normas que lhe sejam contrárias³⁰⁰. O Direito sofre, neste momento, profundas modificações: a lei, até

²⁹⁶BARROSO (2009, p. 285-286)

²⁹⁷“Na verdade, os tribunais de justiça constitucional vêm assumindo, cada vez mais, de forma significativa, funções de ‘legislador positivo’, por razões de ordem estrutural, isto é, por mudanças produzidas tanto no conjunto das instituições (Estado democrático e social) como especificamente ao nível do funcionamento da própria justiça constitucional (o problema das sentenças interpretativas, aditivas, substitutivas, constitutivas, ou como se lhe queira chamar), que o configuram mais como ‘legislador positivo’ do que como ‘legislador negativo’.” (QUEIROZ, 2010, p. 314)

²⁹⁸“Assim, o ativismo judicial não é uma solução para os problemas, mas faz parte da marcha e da evolução natural dos acontecimentos políticos, jurídicos e sociais. O fato é que o sistema jurídico não é hermeticamente fechado e a construção jurisprudencial sempre existiu, o que mudou foi a intensidade dessa construção, tanto em quantidade como em profundidade.” (GIACOMET JUNIOR, 2010, p. 110)

²⁹⁹Luís Roberto Barroso considera, quando em discussão o direito à saúde, que, nas ações individuais relacionadas a medicamentos, a decisão judicial há que se limitar à concessão daqueles previstos nas listas elaboradas pelos entes federativos. Quando, por outro lado, o debate envolver a modificação destas listagens, o judiciário só poderá intervir em sede de ação coletiva, desde que comprovada a eficácia do medicamento, sua indispensabilidade para a manutenção da vida e a opção, quando possível, pelos genéricos de baixo custo. (2011, p. 897-901) Não obstante louvável a tentativa de definir parâmetros para atuação jurisdicional em políticas de saúde, certo é que os elementos lançados pelo constitucionalista brasileiro limitam, em absoluto, a conduta do poder judiciário, afetando, em consequência, a implementação e proteção do próprio direito.

³⁰⁰O primado da Constituição e, consequentemente, de seus valores caracteriza o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo. Para Ana Paula de Barcellos, suas premissas fundamentais são: a) normatividade, superioridade e centralidade da Constituição; b) incorporação de valores no texto constitucional. (2009, p. 799)

então, parâmetro de legitimação de condutas, tem sua própria validade condicionada à observância dos ditames constitucionais.

O Direito *constitucionaliza-se*; em outras palavras, os valores encartados na Constituição permeiam todos os demais ramos do direito, tornando-se vetores para interpretação das normas ordinárias. A lei há que ser interpretada e aplicada a partir da Constituição e de acordo com seu preceitos³⁰¹.

Esta aproximação do direito com a sociedade (e, conseqüentemente, com seus valores) retira-o do ambiente hermeticamente fechado vislumbrado por Kelsen em sua Teoria Pura, aproximando-o da política e da moral³⁰². Na visão neoconstitucionalista, as escolhas políticas não podem ser feitas de forma desvinculada dos valores sociais positivamente consolidados e o judiciário detém legitimidade – conferida pelo próprio texto constitucional – para discutir e decidir as questões políticas e sociais que surgirem³⁰³. O Direito não pode se furtar de responder os anseios da sociedade (sejam eles quais forem) e o judiciário é, em última análise, o intérprete da Constituição e o aplicador da lei.

A judicialização da política decorre, portanto, desta notória e incontestável aproximação entre direito, política e moral (os valores)³⁰⁴. Judicialização e ativismo não se confundem, mas também não se excluem, uma vez que a primeira se desenvolve e ganha relevância a partir do segundo. Para Carlos Alexandre Campos³⁰⁵, enquanto judicializar questões políticas e sociais

³⁰¹ “Migra a função garantística para a Constituição, que é sede ou o repositório dos valores fundamentais da comunidade, com normas imediatamente aplicáveis e vinculativas. Ao invés da soberania da lei, impôs-se o princípio da constitucionalidade e implantou-se um sistema de justiça constitucional.” (Patrícia ROSSET, *Reflexões Acerca do Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 377)

³⁰² Não se pretende neste trabalho abordar a intrínseca, longa e tumultuada relação entre direito e moral, uma vez que a riqueza deste debate demandaria uma tese exclusiva.

³⁰³ “(...) no lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, o neoconstitucionalismo vai procurar teorias de democracia mais substantivas, que legitimem amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos.”, Daniel SARMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009, p. 17. Não se ignora, entretanto, as severas críticas tecidas por Elival da Silva Ramos ao neoconstitucionalismo: “Se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de Teoria da Interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais. (...) A principiologização (sic) do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretensão 'pós-positivismo' tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus proponentes.”, Elival da Silva RAMOS, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283, 285.

³⁰⁴ “Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.” (BARROSO, 2009, p. 383)

³⁰⁵ Carlos Alexandre de Azevedo CAMPOS, *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 543-544.

é trazê-las para a *arena judicial*, o ativismo é o comportamento institucional que reconhece a legitimidade jurisdicional para solucionar tais debates³⁰⁶.

Ambos os fenômenos caminham paralelamente: a legitimidade do judiciário para atuar e interferir em questões políticas sociais decorre da contínua procura pela intervenção jurisdicional em conflitos que envolvam tais debates. No Brasil, são inúmeras as ações propostas com vistas à obtenção de medicamentos, tratamentos de saúde, construção de creches, entre outras. Todos estes exemplos discutem políticas públicas firmadas pelo executivo que, em certa medida, não agradaram ou satisfizeram os jurisdicionados (um, alguns ou muitos). Ao mesmo tempo em que a questão notadamente política torna-se jurídica, sobretudo pela *constitucionalização do direito*, o debate jurídico (direito fundamental à saúde, por exemplo) é politizado. Se, por um lado, a intervenção do judiciário no cenário político judicializa o debate, também esta atuação *politiza* aquilo que, até então, era somente jurídico.

Discussões voltadas à implementação dos direitos sociais não se restringem a aspectos jurídicos (direitos fundamentais, Constituição, efeitos) uma vez que envolvem, de igual forma, um conteúdo político (políticas públicas, orçamento). A relação entre os dois cenários – jurídico e político – estreita-se, em especial no que tange ao debate de políticas públicas atinentes aos direitos sociais³⁰⁷. Este estreitamente não é, em sua essência, algo a ser evitado ou combatido³⁰⁸; ao contrário, a premissa que o ampara – atuação jurisdicional na implementação dos direitos sociais – tem suas raízes no próprio texto constitucional.

Em um Estado democrático de direito – como é o caso do Brasil³⁰⁹ - constitucionalismo e democracia caminham juntos, o que não quer dizer que não existam – ou venham a existir - tensões entre a observância ao *primado da Constituição* e à *vontade da maioria*. Não por

³⁰⁶ “Judicialização da política e ativismo judicial não se confundem. O primeiro pode ser visto como desdobramento de um desenho institucional que coloca o Poder Judiciário como última instância de decisão em termos de aplicação de direitos fundamentais, enquanto o segundo é uma atitude proativa de expansão da atuação judicial.”, Bernardo Abreu de MEDEIROS, *Ativismo, Delegação ou Estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil*. In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 538.

³⁰⁷ “Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais.”, Gilmar Ferreira MENDES, *Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais*. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 389.

³⁰⁸ “O problema do ativismo judicial passa a resultar, assim, da linha tênue que separa direito e política e configura, por assim dizer, uma ‘questão de dose’, que pode ser agravada nos casos em que não há a devida autocontenção judicial (self-restraint), considerada a atribuição conferida pelo ordenamento jurídico ao Poder Judiciário, responsável por dar a ‘palavra final’ na interpretação das normas constitucionais e legais em vigor.” (PEDRAS, 2012, p. 22)

³⁰⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. (BRASIL, 1988)

outra razão que se defendeu, em ponto pretérito deste trabalho, que os direitos fundamentais são *trunfos contra a maioria*, vislumbrando-se aí parcela de seu núcleo essencial³¹⁰.

É justamente nestes pontos de tensão que o judiciário é chamado a intervir e, de acordo com Luís Roberto Barroso³¹¹, tem sua legitimidade reconhecida para interferir nas deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas quando em debate a preservação de um direito fundamental ou de uma lei existente.

³¹⁰Tem lugar aqui a lição de Ronald Dworkin quanto à relação entre maioria e minoria e seus direitos. Para o filósofo, “a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas.” (2002, p. 314)

³¹¹Luís Roberto BARROSO, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In: Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 882.

3 - A judicialização da reserva do possível e do mínimo existencial

A relação entre o custo dos direitos sociais, a reserva do possível e o mínimo existencial foi amplamente abordada na primeira parte deste trabalho. Concluiu-se, na oportunidade, que, não obstante as limitações financeiras estatais não possam ser ignoradas, a reserva do possível não é argumento válido para destituir de eficácia os direitos fundamentais, sobretudo quando em análise o mínimo necessário para assegurar uma existência digna aos cidadãos³¹². O mínimo existencial contrapõe-se à reserva do possível, em um duelo cuja análise última cabe ao judiciário³¹³.

Para Cláudio Souza Neto³¹⁴, o parâmetro de atuação do judiciário não reside no mínimo existencial, mas no que chama de “condições necessárias” para que cada um tenha iguais possibilidades de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). Assim, além do mínimo necessário à subsistência, os direitos sociais devem assegurar igualdade nos meios de agir.

Neste mesmo esteio, Felipe Fonte considera que o judiciário detém legitimidade para examinar a suficiência e adequação das políticas públicas, observado, entretanto, os seguintes parâmetros: “a necessidade de universalização de seu acesso” e “as limitações de receita que decorrem dos próprios limites tributários previstos na Constituição.”³¹⁵

A limitação de receitas não deve ser ignorada pelo judiciário, entretanto tal argumento não se presta a justificar a inércia dos demais poderes na concretização – ou mesmo definição – das políticas públicas³¹⁶. Ainda que se trate de um argumento que não pode ser

³¹²Recorde-se, neste particular, a lição de Gomes CANOTILHO (2003, p. 273) quanto à obrigação estatal de adotar medidas suficientes para uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais (princípio da proibição por insuficiência de proteção).

³¹³“A primeira relaciona-se com o problema do mínimo existencial, já que importa saber se há legitimidade para o controle de todas as políticas públicas ou somente àquelas que se relacionam com os direitos que integram o conceito de mínimo existencial, ou mesmo se, neste último caso, o controle se apresenta mais reforçado ou apto à produção de resultados. Por outro lado, outro ponto relevante é a discussão (...) de que as políticas públicas exigem gastos públicos e os recursos estatais são limitados, sobre a submissão do controle à considerações a respeito da reserva do possível.” (BARROS, 2008, p. 146-147)

³¹⁴SOUZA NETO (2010, p. 536-537)

³¹⁵No tocante ao mínimo existencial, o autor considera que sua análise deve ser feita em abstrato e em concreto. Para ele, a garantia *prima facie* assegura prestações mínimas que garantam liberdade e dignidade humana para subsistência, autodeterminação e capacidade de participação nas decisões públicas (incluindo, aqui, o direito à educação e o próprio acesso à Justiça). Entretanto, sua concretização quando em causa direitos prestacionais há que ter um conteúdo universalizável e extensão limitada pelo nível de tributação da sociedade Felipe de Melo FONTE, *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013, 215-220, p.220.

³¹⁶De acordo com Jorge Reis NOVAIS (2010a, p. 118-119), ao juiz só pode ser reconhecida a última palavra na implementação dos direitos sociais, sem que haja afronta ao princípio da separação de poderes, quando premente e urgente sua realização ou irrelevante a questão financeira. As situações elencadas reduzem ao mínimo a possibilidade do poder judiciário interferir no cenário das políticas públicas. Com efeito, a menos que se esteja

desconsiderado, a aludida falta de recursos não dispensa comprovação, sobretudo porque empregada para *postergar* a implementação de direitos fundamentais sociais (e, conseqüentemente, afastar o preceito de imediatidade trazido no artigo 5º, § 1º³¹⁷, da Constituição Federal brasileira).³¹⁸

No contraponto entre reserva do possível e mínimo existencial, a garantia de implementação de condições mínimas para uma vida digna sobressai uma vez que se está diante da própria essência dos direitos fundamentais³¹⁹. Não se pode olvidar que o surgimento e proteção de tais direitos decorreu da necessidade de proteção do indivíduo frente ao Estado. Assim, permitir que o argumento da reserva do possível seja suficiente para obstar a implementação dos direitos sociais é admitir inegável retrocesso na evolução constitucional.

Submeter os direitos fundamentais à possibilidade financeira-orçamentária estatal é, novamente, sujeitar o indivíduo ao Estado. Desta forma, a garantia contramajoritária dos direitos fundamentais não pode ser limitada pela reserva do possível³²⁰, sob pena de retirar-lhes toda a eficácia de “*trunfos contra maioria*” uma vez que o orçamento é definido por aqueles *legitimamente eleitos*.

diante de um país sem quaisquer limitações financeiras – o que não é, definitivamente, o caso do Brasil – não há como considerá-la *irrelevante*. De igual forma, a própria essência dos direitos sociais evidencia quase sempre – se não sempre – a urgência e premência na implementação. Assim, a limitação empreendida pelo autor português não se ajusta à jusfundamentalidade do direito debatido.

³¹⁷“Art. 5º (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988)

³¹⁸Arcênio BRAUNER, *O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida*. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 606.

³¹⁹“A teoria do mínimo existencial é peça-chave para o controle material das políticas públicas no Estado contemporâneo, daí a importância de seu estudo. (...) É importante salientar, nesta linha de raciocínio, que o mínimo existencial, e os direitos fundamentais de maneira geral, inserem-se em um campo designado contramajoritário. Isto significa dizer que eles devem ser garantidos mesmo contra a vontade das maiorias eventuais, democraticamente investidas no exercício do poder. (...) Importa ressaltar que o Poder Judiciário não deve se preocupar com a formulação de um conceito teórico de mínimo existencial – atividade que compete basicamente à doutrina –, bastando identificá-lo de forma casuística, sob a condição de que tais casos sejam passíveis de recondução ao sistema jurídico, além de coerentes como um todo.” (FONTE, 2013, p. 202-207)

³²⁰De acordo com Alceu MAURICIO JR. - *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 76-77 -, a discricionariedade legislativa e administrativa na definição orçamentária não se sobrepõe ao mínimo existencial.

3.1 – Os limites da intervenção judicial

Uma vez reconhecida – e aceita – a possibilidade do judiciário intervir em um cenário que, até então, considerava-se de exclusivo domínio dos demais poderes, há que se delinear, se possível, os limites desta intervenção³²¹.

Como visto, a atuação judicial em políticas públicas, ou seja, na implementação dos direitos sociais, decorre do mandamento constitucional de concretização do rol de direitos fundamentais e, mais ainda, da eficácia imediata que lhe impõe o referido texto³²².

Não obstante haja esta imposição constitucional, a definição de políticas públicas compete, prioritariamente, ao executivo³²³. É o poder público que detém competência para, em primeiro lugar, delimitar a atuação estatal no âmbito de implementação dos direitos sociais. Pode-se considerar, assim, que a intervenção judicial é subsidiária, ou seja, somente terá lugar – e, então, legitimidade – quando inexistente ou insuficiente a política pública definida.

Aceitar a possibilidade do judiciário interferir neste contexto político não é admitir a usurpação de competências. A primeira limitação à intervenção judicial reside portanto no reconhecimento de que ao judiciário não é dado intervir para usurpar atribuição inerente aos outros poderes. Dito de outro modo, decisões judiciais relacionadas a políticas públicas só têm lugar quando demonstrada a inércia ou insuficiência da atuação executiva.

O tão só fato do indivíduo não aceitar ou concordar com a política pública implementada – por considerar que ela deveria ter sido feita de outra forma, por exemplo – não autoriza a ingerência jurisdicional. Este entendimento tem lugar, sobretudo, para impedir que o judiciário seja utilizado como instrumento de pressão entre grupos políticos³²⁴.

³²¹ “Entretanto, tal atividade construtora do direito, exigindo uma postura mais ativa por parte do Judiciário, não deve ser exercida sem limites, mas somente de forma excepcional, quando a falta ou a insuficiência de políticas públicas forem evidentes, a fim de não sobrepujar indevidamente as funções dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais, por sua natureza, detêm a legitimidade popular para exercê-las.” (GIACOMET JÚNIOR, 2010, p. 110)

³²² “É dizer, a Constituição é um importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nos diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados.” (FIGUEIREDO, 2009, p. 721)

³²³ O poder público detém certa autonomia na definição de como serão as políticas públicas, mas inexistente liberdade quanto à sua criação, uma vez que sua implementação decorre do próprio texto constitucional como extensamente abordado na primeira parte deste trabalho.

³²⁴ Exemplos desta situação sobejam no cenário político brasileiro. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a ordem de apreciação, pelo Congresso Nacional, dos vetos presidenciais em projetos de lei. Encontrava-se em discussão a distribuição dos royalties do petróleo entre municípios produtores

Ressoa, neste ponto, o alerta de Jorge Reis Novais de que, com a ingerência judicial nos direitos sociais, somente aqueles que detêm condições econômicas de litigar a ela teriam acesso. Explica-se: os custos inerentes a uma ação judicial não são baixos. Surge, portanto, uma *massa de excluídos* – na expressão utilizada pelo autor português – que não submete suas demandas ao judiciário, seja por não possuir aparato econômico para tanto, seja por desconhecer “seus direitos”³²⁵.

O alerta do doutrinador português não pode ser ignorado. É sabido que o poder judiciário só atua mediante provocação, ou seja, inexistindo instrumentos que assegurem aos menos favorecidos o acesso à justiça não será possível garantir a proteção judicial de seus direitos sociais não concretizados. Neste ponto, merecem destaque as *ondas renovatórias* de Mauro Cappelletti e Bryan Garth³²⁶ que buscaram imprimir efetividade à garantia do acesso à justiça: universalização da gratuidade de justiça, representação de interesses difusos e visão instrumental do processo.

Outro aspecto deve, de igual forma, ser observado quando abordados os limites da intervenção judicial nos direitos sociais: a possibilidade desta ingerência prejudicar o cenário político de definição das políticas públicas. Isso porque a intervenção jurisdicional poderá afetar as dotações orçamentárias existentes, influenciando, consequentemente, a realização política dos direitos sociais. Este alerta é feito, também, por Jorge Reis Novais³²⁷.

De fato, quando interfere nas políticas públicas e determina que o direito social “a” ou “b” seja implementado desta ou daquela maneira, o judiciário modifica as regras orçamentárias previamente definidas pelos demais poderes, o que, em certa medida, pode prejudicar outras políticas públicas estabelecidas. A matemática é simples: para dar cumprimento a uma

e não produtores. Nítido, neste caso, que a provocação do judiciário deu-se tão somente em função de interesses econômicos estatais que, em nada, se coadunam com os ditames constitucionais.

³²⁵“Ou seja, no final percebe-se que, na prática, quem beneficia das estratégias maximalistas de realização dos direitos sociais no plano jurídico não é a grande massa de excluídos, em nome dos quais se desenvolveu a estratégia política de otimização dos direitos sociais. É que, quase por definição, essa massa de excluídos não vem ao sistema, não recorre aos tribunais, não pode fazer um ‘uso alternativo do Direito’ porque nem sequer tem condições subjectivas e objectivas para tanto. Quem, à primeira vista, beneficia da redistribuição dos fundos públicos assim operada é antes uma camada social instruída, organizada sindicalmente ou economicamente mais forte, que pode pagar a advogados que dominam as debilidades do sistema e que pode pagar uma justiça que não está ao alcance de todos.” (NOVAIS, 2010a, p. 27)

³²⁶Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

³²⁷NOVAIS (2010a, p. 28): “Com efeito, na lógica referida, é o próprio sucesso da força normativa dos direitos sociais enquanto verdadeiros direitos fundamentais – o poder judicial impõe a obrigatoriedade de prestações pontuais e concretas a partir da ideia de jusfundamentalidade destes direitos e da sua não disponibilidade por parte dos titulares do poder político – que, eventualmente, resulta em distorção ou bloqueio da realização dos direitos sociais no seu conjunto, dados os limites objectivos e inescapáveis da reserva do financeiramente possível intrinsecamente associada a estes direitos.”

decisão judicial, o Estado deverá readequar rubricas orçamentárias, o que poderá afetar setores sociais outros.

No entanto, tal argumento – muito embora não possa ser desconsiderado – não é suficiente para afastar a possibilidade da atuação jurisdicional nas políticas públicas. Como adiante será demonstrado, limitações orçamentárias não podem, por si, dar suporte à não implementação dos direitos sociais, salvo se diante de absoluta e inconteste (demonstrada e provada, portanto) de inexistência de recursos. Cabe aqui a lembrança do adágio popular: *contra fatos não há argumentos*.

Ainda que se considere superado o debate quanto à justiciabilidade dos direitos sociais, esta conclusão está longe de ser obtida quando a discussão se volta para os limites da intervenção judicial. De fato, emprestando de Ada Pellegrini Grinover o exemplo, vislumbra-se a dificuldade do tema: entre a construção de um hospital e saneamento básico, ambos em um bairro de população de baixa renda, qual mínimo existencial deve prevalecer? Como o judiciário poderá analisar a opção feita pelo legislativo/executivo e, ainda, intervir? A resposta pode ser obtida a partir da razoabilidade e a utilização do princípio da proporcionalidade³²⁸.

A proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, impedindo que qualquer restrição tome dimensões desproporcionais. (SILVA, 2002, p. 25³²⁹) Com apoio nela, é possível vislumbrar parâmetros para atuação jurisdicional na implementação dos direitos sociais e, consequentemente, definir seus limites.

Reconhecido como *limite de limites*³³⁰, o princípio da proporcionalidade é tido como limitador de atuação excessiva ou insuficiente. Impondo a necessária observância da adequação na medida restritiva à finalidade almejada, com idêntica eficácia e menor onerosidade quando comparada a outras alternativas, o princípio da proporcionalidade serve de critério tanto para o controle constitucional das medidas restritivas dos direitos fundamentais, quanto para as omissões estatais na implementação de tais direitos. (SARLET,

³²⁸Exemplifica, ainda, a autora brasileira: “Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento ao maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público sem observância da reserva do possível.”, Ada Pellegrini GRINOVER, *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010, p. 25. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>), p. 18-20.

³²⁹Virgílio Afonso da SILVA, *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-50.

Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1495>>.

³³⁰Nesse sentido, Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK (2012, p. 138) e Ingo SARLET (2012, p. 406).

2012, p. 406) Trata-se de regra a ser utilizada por todos os poderes estatais, desde a definição da política pública até sua posterior análise – se for o caso – pelo judiciário.

Não se desconsideram as críticas anteriormente apresentadas quanto ao elevado grau de subjetividade que a utilização do princípio da proporcionalidade (e da própria ponderação) pode *acobertar*. Entretanto, não se pode olvidar que sua aplicação demanda a apresentação de fundamentos. É desarrazoado supor que ao julgador seja conferida ampla e irrestrita liberdade para apreciar questões atinentes às políticas públicas – e implementação de direitos sociais, por consequência – sem que a decisão daí oriunda esteja lastreada em fundamentos hábeis a demonstrar as razões de seu convencimento. Entendimento em sentido contrário autorizaria o arbítrio, o que, por certo, não se coaduna – e nem encontra respaldo – no texto constitucional (e nem mesmo no catálogo de direitos fundamentais).

Neste cenário, é possível afirmar que a intervenção do judiciário é aceita – senão imposta – para conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais, concretizando-se a imediatidade que os permeia. Se a autorização para tanto decorre da Constituição, também é dela que se retiram seus limites. Assim, qualquer intervenção que viole, afronte ou ignore os primados constitucionais não pode ser admitida. A atuação jurisdicional em políticas públicas presta-se somente para concretizar os referidos direitos sociais, de forma que qualquer ingerência alheia a este desiderato não tem amparo constitucional.

3.2 – A suscetibilidade de restrição de base orçamental

O custo dos direitos – sobretudo aqueles tidos por prestacionais³³¹ – guarda estreita relação com este debate. Muito embora seja sabido que os direitos de defesa também têm

³³¹Não se pode ignorar, como já apontado, que todos os direitos têm custos. Neste ponto, José Casalta NABAIS é enfático ao afirmar: “*os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos.(...) todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito.*” (NABAIS, José Casalta, Reflexões sobre quem paga a conta do estado social, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, A.7 (2010) - Número Especial, p. 51-83)

custos³³², aqueles relacionados aos direitos sociais apresentam especial relevância econômica³³³.

A existência de recursos financeiros para concretização das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais decorre, em grande medida, de escolhas orçamentárias. Para Alceu Mauricio Jr.³³⁴, o debate acerca da implementação de prestações estatais não pode se desvincular da análise do orçamento que, para o autor, deve ocupar postura central neste debate.

As definições orçamentárias são decisões políticas, cuja competência inicial de formulação é atribuída ao poder executivo; competindo ao legislativo sua aprovação, com apresentação de emendas, se for o caso. Não obstante o foco deste trabalho não resida na análise das tramitações do processo orçamentário brasileiro, faz-se necessário aduzir, ao menos, que a Constituição Federal de 1988 estabelece certas vinculações orçamentárias específicas, como saúde, educação, por exemplo. O texto constitucional traz, portanto, alguns parâmetros que devem ser observados quando da elaboração da lei orçamentária anual.

Por certo que, além dos critérios aludidos, a definição do orçamento não se distancia dos demais ditames constitucionais. Assim, na elaboração orçamentária devem ser observados os princípios estabelecidos, entre os quais pontuam necessariamente a previsão de direitos e garantias³³⁵. Ao conceber o orçamento, o poder executivo não se desvia dos valores encartados na Constituição³³⁶. O orçamento não é – e nem poderia – peça política de manobra partidária, mas instrumento financeiro de consecução dos fins constitucionais³³⁷.

³³²“Ou seja, pelo facto de os custos directos, dos custos visíveis, desses direitos e liberdades estarem a cargo dos respectivos titulares ou das formações sociais em que se inserem, constituindo portanto custos privados ou sociais, facilmente se chegou à ficção da inexistência de custos financeiros públicos em relação a tais direitos.(...) Mais, ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em avultados custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos, porquanto os seus custos são proporcionais às reais e efectivas possibilidades de exercício dos referidos direitos e liberdades.” (NABAIS, 2010, p. 52) Cristina QUEIROZ (2006a, p. 188) também aborda a existência de custos tanto para os direitos sociais quanto para aqueles “em sentido clássico”.

³³³SARLET (2012, p. 286-287)

³³⁴MAURICIO JR (2009, p. 87)

³³⁵“(…) as exigências da percepção do direito como um sistema, axiologicamente orientado, importam na necessidade do intérprete-aplicador atentar para a existência de normas principiológicas implícitas e para a circunstância de que as normas, institutos e conceitos jurídicos que os expressam não estão simplesmente justapostos no ordenamento, havendo entre todas essas categorias vínculos funcionais que a correta operação do sistema jurídico pressupõe.” (RAMOS, 2010, p. 310)

³³⁶“Não se pode ignorar, no equacionamento da questão, nem a prioridade do legislador democrático na realização das 'escolhas trágicas' sobre gastos públicos, nem tampouco a natureza vinculante dos direitos fundamentais sociais para o Legislativo. Cumpre, portanto, reconhecer que se, por um lado, o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão nesta matéria, que não deve ser excessivamente tolhida pela jurisdição, por outro, as suas escolhas orçamentárias não se fazem em 'campo livre' de Constituição, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas pelo legislador, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário.” (SARMENTO, 2010, p. 573) “O orçamento não é, pois, uma

Na definição dos recursos alocados para cumprimento dos direitos sociais, a dignidade da pessoa humana (e, consequentemente, a garantia do mínimo existencial) adentra a equação³³⁸. A natureza de “trunfos” dos direitos fundamentais inviabiliza que sua implementação se quede ao alvedrio do legislador ordinário ou mesmo do administrador. É da força normativa da Constituição que os direitos sociais retiram seu fundamento para aplicação imediata e estrita observância.

Não se sustenta, desta forma, a ideia de que existiria uma ampla e irrestrita liberdade de conformação legislativa e/ou administrativa que ampare eventual não implementação dos direitos fundamentais sociais³³⁹. Neste ponto, chama atenção Gomes Canotilho³⁴⁰ para a impossibilidade dos tribunais *neutralizarem a liberdade de conformação do legislador*. Para ele, em situações de escassez e/ou austeridade financeira, seria possível, inclusive, *baixar os níveis de prestações essenciais*, sobretudo para assegurar o núcleo essencial do próprio direito social.

Sem embargo do entendimento aludido, considera-se que, salvo quando se está diante de absoluta inexistência de recursos³⁴¹ – comprovada –, a implementação das políticas públicas

peça livre para o administrador: um papel em branco. É preciso associá-lo com os valores que são priorizados a nível constitucional. Há, como já dito, uma ordem axiológica de gastos públicos, a partir da Constituição. Um entendimento diverso, no sentido da existência de uma discricionariedade absoluta, permitiria ao gestor o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades previstas na legislação orçamentária e até na Constituição.” (BARROS, 2008, p. 161)

³³⁷ Infelizmente, na política nacional brasileira, não se vislumbra a concretização de tal premissa quando em análise as emendas propostas pelo legislativo, ordinariamente utilizadas como “moeda de troca” entre os poderes executivo e legislativo.

³³⁸ “As prestações positivas decorrentes do mínimo existencial – que podem ser aprofundadas pelo legislador ordinário, mas possuem matriz constitucional – criam vinculações para o orçamento, já que sua satisfação exige necessariamente a realização de gastos pelo Estado. Se o Estado descumprir essa obrigação, ficará sujeito ao controle jurisdicional. Portanto, o Estado deve promover, através do orçamento, a alocação dos recursos necessários a garantir aos cidadãos as condições mínimas de existência, o que é bem diferente da maximização dos direitos sociais inseridos na Constituição como normas programáticas.” (MAURÍCIO JR., 2009, p. 123-124) Não obstante a pertinência dos ensinamentos pontuados, considera-se necessário se atentar para a expressão *maximização dos direitos sociais* que, no entender do autor, não seria compatível com o orçamento. Sua carga de subjetividade torna inconstante a análise. O que seria “maximizar”? Até que ponto estar-se-ia tratando de um “mínimo existencial” ou de uma “maximização dos direitos sociais”? São questões que não podem ser desconsideradas – ou mesmo ignoradas – quando em discussão os direitos sociais, as políticas públicas e as escolhas orçamentárias.

³³⁹ Em sentido diametralmente oposto, Jorge Reis NOVAIS (2010a, p. 108) considera que o julgador deve respeitar as decisões políticas e legislativas na definição das prioridades orçamentárias: “Mas o verdadeiro problema é outro: uma vez que a reserva do possível invade o próprio conteúdo dos direitos sociais, não é possível determinar a existência de uma violação da Constituição sem considerar – e deduzir – a margem de decisão que cabe ao legislador e ao poder político, e que o juiz deve respeitar, na definição das prioridades orçamentárias.” Para Ricardo SOARES (2010, p. 156), falta aos juízes critérios seguros e claros para solucionar a limitação de recursos públicos “no âmbito estrito da interpretação e argumentação jurídica.”

³⁴⁰ CANOTILHO (2008, p. 266)

³⁴¹ Jorge Reis NOVAIS (2010, p. 90) considera que mesmo nas hipóteses de escassez moderada, a exigibilidade judicial do direito social fica condicionada “ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades económicas”.

atinentes aos direitos sociais não pode ser afastada; ao Administrador cabe planejar e sistematizar essa concretização. Se, entretanto, não se desincumbe desta tarefa – seja por omissão total ou parcial – ao judiciário é dado intervir para determinar a adoção das medidas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, estejam elas delimitadas no texto constitucional ou não³⁴².

Todo ato decisório implica escolha. O agente político, nas hipóteses de alocação de recursos, analisa os custos e privilegia determinada situação em detrimento de outra. O peso econômico ou político da decisão evidencia sua tragicidade. Quando em discussão as verbas orçamentárias existentes e as discussões atinentes à definição de alocações, “escolhas trágicas” são feitas³⁴³.

Para Guido Calabresi e Philip Bobbitt, são os valores essenciais definidos pela sociedade que definem o que é trágico³⁴⁴. No entanto, esta “escolha” não autoriza opção entre fazer ou não fazer. A tragicidade reside justamente na necessidade de implementação das alternativas mesmo diante de um cenário de escassez de recursos.

Mas há que ser feito um alerta: ainda que essa escassez não possa ser desconsiderada, sua alegação não deve ser admitida como presunção absoluta de veracidade. Não é dado ao administrador apontar a inexistência de recursos financeiros para implementação deste ou daquele direito sem que apresente provas.

Quando em discussão as escolhas orçamentárias, os governantes devem demonstrar que as opções adotadas não violaram preceitos constitucionais. Escolhas trágicas são feitas e, de acordo com seu fundamento, podem ser aceitas, já as escolhas inconstitucionais não. Por tais

³⁴²Em 2007, o Supremo Tribunal Federal brasileiro apreciou mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo impetrado em razão da inércia legislativa na regulamentação do direito de greve no serviço público (direito fundamental previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal). Na oportunidade, a Corte Constitucional fixou prazo de 60 dias para que o Congresso legisle – o que, infelizmente, não foi observado – e determinou que, até que seja editada a referida lei, há que se aplicar, ao serviço público, a legislação aplicável à greve na iniciativa privada. (Supremo Tribunal Federal - MI 670/ES – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento 25/10/2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=ht tp://tinyurl.com/cswygf3>>).

³⁴³Não se fala em decisão trágica se não houver escassez de recurso. “(...) fato é que os recursos continuam limitados, ocasionando o fenômeno da escassez, que impõe à comunidade – principalmente ao poder público estabelecido conforme a organização política adotada em dada sociedade – a complexa tarefa de direcioná-los. A escassez gera conflito entre os homens em torno aos bens.” (GALDINO, 2005, p. 156)

³⁴⁴“For it is in the choosing that enduring societies preserve or destroy those values that suffering and necessity expose. In this way societies are defined, for it is by the values that are foregone no less than by those that are preserved at tremendous cost that we know a society’s character.”, BOBBITT; CALABRESI (1978, p. 17)

razões, é possível, como aponta Jorge Reis Novais³⁴⁵, que o judiciário aprecie a relevância de eventual dificuldade financeira arguida e a legitimidade do processo administrativo decisório de prioridades, quando tais decisões afetem direitos fundamentais sociais.

Não se ignoram as dificuldades existentes na imposição, pelo judiciário, da medida a ser adotada pelo executivo para implementação dos direitos sociais. Discute-se, inclusive, se a atividade jurisdicional deteria legitimidade para tanto³⁴⁶. Apesar de posicionamentos contrários³⁴⁷, tem-se por dificultoso o reconhecimento de que o judiciário possa apreciar a omissão estatal na concretização das políticas públicas sem que lhe seja conferida legitimidade (ou mesmo competência) para tornar efetiva sua decisão.

Para Alceu Maurício Jr.³⁴⁸, é possível que o judiciário intervenha em discussão orçamentária utilizando-se do próprio orçamento. Explica-se: na análise da situação concreta que lhe é apresentada, o julgador pode determinar, dentro do orçamento, a realocação de recursos ou a inclusão da despesa na próxima lei orçamentária³⁴⁹. Com isso, resguardar-se-ia parcela de ação do legislador e administrador, sem que fosse retirada, do judiciário, a

³⁴⁵NOVAIS (2010a, p. 117)

³⁴⁶Para Jorge Reis NOVAIS (2010a, p. 297), “(...) mesmo quando o poder judicial é competente para declarar a existência de omissão inconstitucional, já carece de aptidão, competência e legitimidade para impor aos poderes públicos a realização da medida considerada adequada para suprir tal omissão e, mito menos, substituí-los nessa atuação. A respectiva prerrogativa de avaliação e escolha, a não ser nos casos em que a própria Constituição determina uma única medida constitucionalmente devida, continua a caber ao legislador democrático.”

³⁴⁷O cerne do argumento contrário é bem sintetizado por Daniel Sarmento: “O debate sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de gastos para satisfação de direitos sociais sem previsão orçamentária é complexo. De um lado, argumenta-se que, diante da escassez de recursos e da impossibilidade de atendimento concomitante de todas as demandas sociais, devem caber ao legislador, numa democracia, o poder e o ônus de escolher aquilo que deverá ser priorizado, o que ele faz através da lei orçamentária. De acordo com este ponto de vista, é o legislador que tem a melhor visão de conjunto das inúmeras necessidades da sociedade que carecem de recursos para a sua satisfação, e do total da receita disponível para atendê-las, e é ele também que detém a legitimidade para fazer as opções necessárias, em razão da sua eleição pelo povo.”, Daniel SARMENTO, *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 573.

³⁴⁸MAURÍCIO JR (2009, p. 258-259)

³⁴⁹Esta foi a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil no julgamento do Recurso Especial n.º 493.811/SP em que se discutia a não implementação, pelo Município de Santos, de política pública atinente ao tratamento de crianças e adolescentes viciados em drogas. Reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerava inadmissível tal intervenção do judiciário na esfera de atuação do executivo, a Corte Superior determinou que o programa seja implementado “devendo ser incluído no próximo orçamento Municipal verba própria e suficiente”. Merece destaque trecho do voto da Ministra Relatora: “A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o não facere, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitorais e populares ou pela necessidade da sociedade local?” (Superior Tribunal de Justiça - RESP 493.811/SP – Relatora Ministra Eliana Calmon – Data do Julgamento 11/11/2003 – Órgão Julgador: Segunda Turma) – Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=441599&sReg=200201696195&sData=20040315&formato=PDF>.

competência para solucionar a questão e, conseqüentemente, impor a concretização do direito em debate.

A solução há que ser, portanto, específica para cada caso. Não há resposta correta ou solução final. Do julgador espera-se que, ao analisar a questão, considere os valores que permeiam o debate e que não podem, mesmo sob o argumento de escassez de recursos, ser desconsiderado.

É, portanto, a partir da ponderação – e, conseqüentemente, da aplicação do princípio da proporcionalidade – que se pode alcançar – ou se aproximar – de uma solução razoável³⁵⁰. Para Robert Alexy³⁵¹, a cláusula de restrição de um direito *prima facie* – e o autor utiliza a reserva do possível como exemplo – não pode levar ao seu esvaziamento.

Desta forma, a reserva do possível – e as limitações orçamentárias que dela fazem parte – não é argumento hábil a obstar a implementação dos direitos sociais e/ou a intervenção do judiciário em políticas públicas, quando necessário³⁵². As garantias insculpidas no texto constitucional não podem ficar à disposição dos governantes e de suas definições orçamentárias que, muitas vezes, não espelham os interesses ou necessidades sociais.

3.3 – O ativismo no Brasil e Portugal: algumas decisões judiciais

Não são as poucas as decisões judiciais dos Tribunais brasileiros envolvendo políticas públicas. Nos Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – vislumbra-se uma intervenção *mais contida*. Tais Cortes, não obstante reconheçam a possibilidade da atuação judicial em questões políticas quando violados direitos

³⁵⁰“A nova hermenêutica da jurisdição constitucional deve se pautar nas seguintes regras: (a) é dever do magistrado conceber os direitos fundamentais como valores identificados com o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade última é sua concretização e não apenas sua interpretação; (b) os direitos de liberdade e os direitos sociais se encontram no mesmo patamar da hierarquia constitucional, valendo para ambos o preceito da aplicabilidade imediata, previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal; (c) os princípios constitucionais devem ser concebidos como normas de concretização de valores; (d) a concretização dos direitos fundamentais sociais passa por considerar sempre a garantia social como prioridade na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal; (e) cabe ao magistrado fazer a ponderação de interesses e o exame de elementos de necessidade e adequação por ocasião do ato decisório concretizador desses direitos fundamentais.”, Mádsen Ottoni Almeida RODRIGUES, *A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais*. In: O novo constitucionalismo na era pós-positivista: Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

³⁵¹ALEXY (2011, p. 515)

³⁵²“Penso, em síntese, que a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais previstos de forma principiológica. Trata-se de um fator relevante, mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso.” (SARMENTO, 2010, p. 574)

fundamentais³⁵³, reafirmam, constantemente, a impossibilidade de sua ingerência na formulação de políticas públicas.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/Distrito Federal, o Ministro Celso de Mello, relator, a despeito de reconhecer a possibilidade de atuação do judiciário na implementação dos direitos sociais, esclareceu que não foi conferida, ao referido poder, a atribuição de formular ou implementar políticas públicas³⁵⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem reiterados precedentes que reafirmam a submissão das políticas públicas ao controle judicial de constitucionalidade e legalidade³⁵⁵.

As Cortes Superiores brasileiras, não obstante rechacem a possibilidade do judiciário imiscuir-se na definição de políticas públicas, enfatizam que a implementação dos direitos sociais não é uma *opção* do administrador. A emenda do julgado é longa mas demonstra, com precisão, os fundamentos lançados neste trabalho:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente

³⁵³“(…) o STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.” (MENDES, 2009, p. 388)

³⁵⁴“Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (Supremo Tribunal Federal – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/DF – Data da decisão 29/4/2004 – Decisão monocrática transitada em julgado em 13/5/2004) – Inteiro teor disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>>.

³⁵⁵No julgamento do Recurso Especial n.º 1.068.731/RS, a Segunda Turma da Corte, apreciando a falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI, aduziu: “Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.” (Superior Tribunal de Justiça – RESP 1.068.731/RS – Relator Ministro Herman Benjamin – Data do Julgamento 17/2/2011 – Órgão Julgador: Segunda Turma) – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=judiciario+politic+publicas&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>.

por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada.** A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, **a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preferir-los em suas escolhas.** Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a **realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.**

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

(...)

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. **Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.**

11. Todavia, **a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

(Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n.º 1.185.474/SC – Relator Ministro Humberto Martins – Data do Julgamento 20/4/2010 – Órgão Julgador: Segunda Turma – destaques não constam do texto original³⁵⁶)

No julgamento da mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/Distrito Federal, o Ministro Celso de Mello da Suprema Corte apontou a mesma ressalva; para ele, a escassez de recurso não autoriza que o poder público frustre ou inviabilize a concessão de condições mínimas de existência aos indivíduos.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema

³⁵⁶Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1185474&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>.

pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que **a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**

(...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (destaques não constam do texto original)

E finalizou que a inércia do poder público não pode comprometer a eficácia dos direitos sociais:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, **justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.** (destaque não consta no texto original)

Em outra ocasião³⁵⁷, o Supremo Tribunal Federal condenou o município de Santo André, no estado de São Paulo, a disponibilizar creche e pré-escola às crianças com menos de seis anos. Em seu voto, o Ministro Relator, Celso de Mello, ressaltou que o direito à educação – artigo 205³⁵⁸ da Constituição Federal – é um direito social e, como tal, impõe um *facere* ao poder público, do qual ele somente se desincumbirá ao criar condições objetivas que propiciem, aos seus titulares, o acesso ao sistema educacional. Esclareceu, ainda, que, ao Supremo Tribunal Federal, foi outorgado o encargo de tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais “*que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) com as liberdades positivas, reais ou concretas*”³⁵⁹. Apontou,

³⁵⁷“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.” (Supremo Tribunal Federal - RE 410715 AgR/SP - Relator: Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 22/11/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma – grifos não constam do texto original) – Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28410715%20ENUME%2E+OU+410715%20EACMS%20%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/czfpwqn>>.

³⁵⁸“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

³⁵⁹No julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/DF, o Ministro Celso de Mello, mesmo considerando prejudicada a ação por perda de objeto, esclareceu: “*ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO*

ainda, que a *reserva do possível* não se presta a autorizar que o poder público frustre o *estabelecimento de condições materiais mínimas de existência*.

Verifica-se, nas decisões tratadas, a tendência das Cortes Superiores brasileiras – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – de reafirmar que, ainda que o judiciário não detenha competência para a definição de políticas públicas em direitos sociais, é certo que a concretização de tais direitos fundamentais não está ao alvedrio da vontade política do ente governamental. A escassez de recursos – e o argumento da reserva do possível, em consequência – não é fundamento hábil para obstaculizar a implementação de tais direitos, ao menos em um mínimo indispensável à garantia de uma condição digna de vida.

Há, ainda, precedentes que evidenciam a utilização da ponderação de interesses para a solução do debate. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 101/DF³⁶⁰, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional atos

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

³⁶⁰“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. (...) 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. (...)”

8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar

normativos que proíbem a importação de pneus usados. Na oportunidade, a Corte ponderou os princípio da livre concorrência e livre iniciativa e o direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para solucionar o debate³⁶¹.

Analisando-se julgados do Tribunal Constitucional português verificou-se uma postura mais conservadora no tocante à interferência do judiciário na implementação dos direitos sociais³⁶². Uma vez observado o mínimo necessário à uma existência condigna, é assegurado ao legislador ordinário uma ampla margem de autonomia conformadora.

Todavia, o legislador, «dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim» (cfr. Wolfgang Däubler, cit.), goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições.

Significa isto que, nesta perspectiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Assim, *in casu*, podia perfeitamente considerar que, no que se refere aos jovens, não deveria ser escolhida a via do subsídio – designadamente, a do alargamento do âmbito de aplicação do rendimento social de inserção –, mas antes a de outras prestações, pecuniárias ou em espécie, como bolsas de estudo, de estágio ou de formação

*dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. **Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).***

(...)

10. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.*”

(Supremo Tribunal Federal – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF – Relatora Ministra Cármen Lúcia – Julgamento 24/6/2009 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – destaques não constam do texto original) –

Disponível

em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22políticas+publicas%22%2C+ponderacao%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9sczsj>>.

³⁶¹Chama a atenção neste julgamento a severa crítica feita pelo Ministro Eros Roberto Grau à ponderação de interesses. Para ele, trata-se de método que conduz à *incerteza jurídica*. E diz mais: “*Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma dupla discricionariedade: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver. (...) Juízes, especialmente os chamados juizes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vão cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas.*”

³⁶²Cristina QUEIROZ (2006a, p. 190) também aponta para a timidez e escassez das decisões do Tribunal Constitucional português quando em discussão os direitos fundamentais sociais.

profissional ou salários de aprendizagem (maxime, quando associadas a medidas de inserção social).

Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos³⁶³. (Tribunal Constitucional - Processo 768/02 – Acórdão 509/02 – Relator Conselheiro Luís Nunes de Almeida – Plenário – Data do Julgamento 19/12/2002 - destaques não constam no texto original)

No entanto, ainda que reconhecida essa *liberdade conformadora* do legislador, prevalece o entendimento – assim como nos tribunais brasileiros – quanto à observância da imposição constitucional de implementação de políticas públicas que concretizem os direitos sociais previstos³⁶⁴.

Como típico direito social, na dimensão em que se traduz na pretensão de prestações materiais a cargo do Estado, este direito das crianças é um “direito sob reserva do possível”, não sendo directamente determinável no seu *quantum* e no seu modo de realização a nível da Constituição. O limite de conformação em que o direito de protecção das crianças mediante prestações fácticas ou pecuniárias a cargo do Estado é resistente ao legislador só pode (judicialmente) alcançar-se a partir de outros referentes constitucionais, de natureza principal, em que avulta o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, salvo quando a solução afecte o núcleo já realizado de concretização legislativa radicado na consciência jurídica geral como núcleo essencial do direito considerado, ao legislador democrático tem de ser preservada uma larga margem na realização ou conformação dos direitos sociais, só acessível à censura por parte da justiça constitucional – na sua dimensão de “direitos positivos”, entenda-se – quando e na medida em que puser em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito. (...)

Existência condigna, é bem certo, que não se refere à simples sobrevivência fisiológica ou psíquica, mas que deve levar em consideração que se trata de proteger o desenvolvimento de uma personalidade em formação (“direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral”). Todavia, esta elevação do padrão de exigência não afasta o reconhecimento do amplo poder de conformação do legislador perante a indeterminação típica das normas constitucionais relativas ao direito social em causa e o carácter multímido das suas vias de concretização. Face a tal amplitude da discricionariedade legislativa, **o Tribunal só poderia concluir pela violação do mandado de protecção perante a demonstração inequívoca da insuficiência ou inadequação manifesta das opções legislativas face ao fim ou ao sentido das normas constitucionais consideradas**. Juízo que tem sempre de estar atento à existência no sistema de instrumentos flangeadores da aparente inadequação de cada aspecto, isoladamente considerado, da intervenção prestacional pública em análise. (Tribunal Constitucional - Processo n.º 194/11 – Acórdão n.º 400/11 – Relator Conselheiro Vítor Gomes – Plenário – Data do Julgamento 19/9/2011 - destaques não constam no texto original)

³⁶³No mesmo sentido, é possível citar ainda os Acórdãos n.ºs 309/2009 e 75/2013.

³⁶⁴“*Estamos, portanto, perante uma concreta e específica imposição legiferante, constante de uma norma com um grau de precisão suficientemente densificado. Isto, evidentemente, sem prejuízo da larga margem de liberdade conformadora do legislador ordinário: este, na verdade, se não pode deixar de prever a existência de uma prestação social aos que se encontrem involuntariamente na situação de desemprego, já pode optar, designadamente, entre diferentes formas organizatórias e entre distintos critérios de fixação do montante dessa mesma prestação. (...) Em consequência, pode-se concluir que existe uma específica e concreta imposição constitucional no sentido de o legislador, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, prever uma prestação que corresponda a assistência material aos trabalhadores – incluindo os trabalhadores da Administração Pública – na situação de desemprego involuntário.*” (Tribunal Constitucional – Processo n.º 489/04 – Acórdão n.º 474/02 – Relator Conselheiro Bravo Serra – 2ª Secção (Plenário) – Data do Julgamento 19/11/2002) .

Vê-se, portanto, que, tanto no Brasil quanto em Portugal, admite-se a intervenção do judiciário na implementação dos direitos sociais quando verificado que o poder público mantém-se inerte no cumprimento das obrigações constitucionalmente assumidas³⁶⁵.

A eficácia da norma constitucional relaciona-se diretamente com a realidade em que está inserida³⁶⁶. A Constituição é condicionada e, ao mesmo tempo, ordena e conforma a realidade, em uma inter-relação simbiótica e complexa.

No entanto, a predita relação não autoriza a inobservância ou o desrespeito aos ditames constitucionais quando da implementação de direitos constitucionalmente previstos. Explica-se: na concretização dos direitos sociais, o poder público pode ter sua atuação limitada por fatores alheios ao debate jurídico-constitucional (e, aqui, tem-se a escassez de recursos como exemplo); entretanto, essa *limitação* não autoriza que os compromissos constitucionalmente assumidos (decorrente dos valores nela encartados) sejam ignorados. Desta forma, a aludida realidade não se presta – salvo em hipótese de comprovada inexistência de recursos – a afastar o atendimento compulsório aos ditames constitucionais, não obstante se reconheça a possibilidade de modulação do seu alcance, adequando-a às possibilidades concretamente demonstradas.

³⁶⁵ Para Robert ALEXANDER (2011, p. 514), um tribunal constitucional não é – e nem poderia ser – impotente diante da omissão do legislador. Para ele, o “*espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai desde a simples constatação da inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição.*”

³⁶⁶ “*Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social.*”, Konrad HESSE, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional (textos selecionados)*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136-137)

CONCLUSÃO

1. O fortalecimento dos direitos fundamentais coincide com o surgimento do Estado Constitucional de Direito. De fato, o reconhecimento da normatividade deste catálogo de direitos, além de assegurar ao indivíduo a proteção de sua dignidade, liberdade e igualdade, definiu os contornos da atuação estatal.

2. Esta fundamentalidade decorre tanto da inclusão do direito no texto constitucional (formalmente fundamental) quanto de seu conteúdo e sua relação com o sistema de valores sociais supramencionado (materialmente fundamental). Há, portanto, direitos fundamentais outros além dos encartados no texto constitucional. A partir desta dualidade, é possível afirmar que os direitos sociais são formal e materialmente fundamentais, tanto porque previstos expressamente na Constituição (tanto brasileira quanto portuguesa) quanto porque seu conteúdo se relaciona estreitamente com a dignidade humana e a premissa de igualdade de oportunidades atinente à sobrevivência e subsistência humana.

3. Por assegurarem a primazia da posição jurídica individual em face dos poderes constituídos, os direitos fundamentais são *trunfos contra a maioria*, ideia que alcança especial relevância quando em discussão os direitos sociais. Neste cenário, tais *trunfos* garantem o equilíbrio entre maioria e minoria ao consolidar a dignidade da pessoa humana com o estabelecimento de uma igualdade material.

4. O núcleo essencial presente nos direitos fundamentais, não obstante aproximado do referido princípio da dignidade da pessoa humana, com ela não se confunde e a ela não se limita. Entendimento neste sentido limitaria a ideia de trunfo supra aduzida e mitigaria – quiçá banalizaria – o próprio princípio.

5. A imposição, *ab initio*, de limitações aos direitos fundamentais – o que ocorreria se, a partida, fosse definido seu núcleo – ocasionaria seu esvaziamento, uma vez que, independentemente da situação apresentada, saber-se-ia o que está ou não protegido.

A partir desta premissa, defende-se que os direitos fundamentais, enquanto trunfos, apresentam *características essenciais* que devem ser protegidas por se relacionarem com a própria natureza do direito, precisamente por lhe conferirem uma posição de destaque frente ao Estado e terceiros.

6. Ao se adotar o entendimento de que os direitos fundamentais sofrem restrições, assume-se a posição de que, em seu âmbito de proteção, incluem-se todos os atos, fatos, estados ou posições jurídicas pertinentes, *sem limitações prévias, sem limites imanescentes*. À partida, não

se exclui da proteção de um direito fundamental conduta alguma; eventuais restrições serão obtidas *a posteriori*, quando na análise do caso concreto (daí porque não se considera possível a definição prévia de um feixe de condutas indiscutivelmente protegidos e imutáveis).

7. A indiscutível fundamentalidade dos direitos sociais rechaça a ideia de que sua implementação esteja sob um juízo de conveniência e oportunidade do estado (sobretudo porque não se admite que as normas constitucionais que os preveem sejam *programas*).

Ainda que a comprovada inexistência de recursos ou sua considerável redução possa autorizar modificações no *quantum* concretizado, esta *adequação* não significa – nem de longe – que o Estado possa *abandonar* à sua própria sorte os titulares dos direitos sociais. A vedação ao retrocesso inviabiliza que medidas estatais lancem a sociedade de volta a primórdios, em que valores como a dignidade da pessoa humana, igualdade social, justiça e solidariedade não eram zelados e estimados. A aludida proibição do retrocesso não se destina somente aqueles diretamente abrangidos pela política social, mas toda a sociedade e seus valores comunitários.

8. Não obstante a premissa de que os direitos sociais tenham custos não possa ser ignorada, as obrigações estatais relacionadas à sua implementação não são afastadas ante a utilização da reserva do possível. Esta se relaciona com a escassez de recursos e, conseqüentemente, com a necessidade de escolhas políticas e definições orçamentárias. Não obstante o texto constitucional não descer a minúcias de definição, a liberdade de conformação do legislador e do executor não é irrestrita (sequer se admite que seja ampla).

Seria ingenuidade considerar que as vicissitudes suportadas pelos Estados não influenciam suas políticas públicas. Entretanto, a despeito dos fatores econômicos que se possam fazer presentes, a fundamentalidade dos direitos sociais demanda sua implementação e, ato contínuo, a consolidação daquilo já implementado.

As limitações orçamentárias não são intrínsecas aos direitos sociais, de forma que sua utilização como argumento para restringir sua concretização há que ser feita de forma fundamentada e comprovada, sob pena de possível intervenção jurisdicional.

O princípio da proporcionalidade – com suas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – é instrumento indispensável à demonstração da racionalidade que pautou a conduta estatal na definição das restrições aludidas.

9. Em contraposição à reserva do possível, o mínimo existencial impõe ao Estado o implemento de condições mínimas indispensáveis à existência digna. Como consequência do

princípio da dignidade da pessoa humana – mas a ele não limitado – o referido mínimo contrapõe-se à ideia da reserva do possível.

Ao definir suas políticas públicas, o Estado não se distancia do mínimo existencial, sob pena de destituir o cidadão da posição de destaque que os direitos fundamentais lhe outorgaram, uma vez que, enquanto trunfos não podem ser deles subtraídos.

A reserva do possível não legitima a inação estatal na implementação dos direitos sociais, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais é elemento essencial de um Estado de Direito; não há, portanto, fundamento que ampare a ideia de que as escolhas estatais – há que se lembrar que as definições orçamentárias são escolhas! - possam, ainda que minimamente, destituir referido rol da eficácia indispensável a garantir o mínimo existencial.

O que se admite é que ao poder público é concedida autonomia para estabelecer os programas atinentes às políticas públicas, sua extensão, seu cronograma, entre outros, não se estendendo tal *liberdade* à definição quanto a efetivar, ou não, os direitos sociais. A inércia estatal nesta implementação autoriza a interferência do poder judiciário quando provocado.

10. A utilização do princípio da separação de poderes como óbice à interferência do judiciário nos direitos sociais é defender a aplicação de um conceito que não se adequa à realidade do Estado Constitucional. Isso porque a constituição é fundamento de validade do ordenamento jurídico e, ao poder judiciário, foi atribuído o papel de zelar por seu conteúdo, observância e aplicação (daí a ideia do controle de constitucionalidade). Não há sobreposição de poderes, mas há – como deve haver – o reconhecimento de que a Constituição empresta fundamento de validade à atuação de todos eles, sem exceção. Assim, qualquer conduta que desta premissa se desvie deve ser objeto de apreciação pelo judiciário.

Inadmitir a atuação jurisdicional nos direitos sociais é aceitar que o cidadão se submete à vontade política do poder público, sem qualquer “rede de proteção”. É, ainda mais, aceitar que os ditames constitucionais podem ser cumpridos – se o forem – *de qualquer maneira*. É, em última medida, destituir de qualquer eficácia e fundamentalidade o catálogo de direitos constitucionalmente previsto (e, a partir do quanto escrito Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, rechaçar a existência de uma Constituição).

11. Não obstante se admita a intervenção do poder judiciário em políticas públicas, deve-se esclarecer que ela é sempre residual, restrita às hipóteses de omissão parcial ou absoluta do poder executivo.

Ainda que a definição de parâmetros para esta atuação seja tarefa deveras complexa – se é que possível -, esta premissa pauta toda a discussão: a implementação dos direitos sociais pelo

poder judiciário só tem lugar quando o poder administrativo o faz de forma parca ou não o faz em absoluto. Por certo que a definição da insuficiência terá de ser feita caso a caso, pautando-se o julgador pelo princípio da proporcionalidade.

12. Neste trabalho construíram-se premissas e argumentos que, em conjunto, possibilitam concluir que a intervenção do poder judiciário na concretização dos direitos sociais é legítima, constitucional e necessária à consecução dos fins de um Estado de Direito.

A atuação jurisdicional confere efetividade aos direitos fundamentais sociais, observando-se e implementando-se a característica de imediatidade que os permeia. Ainda que não seja possível, de antemão, definir certos limites para esta judicialização, pode-se afirmar que os parâmetros para a análise devem ser buscados na própria Constituição, uma vez que é dela que se origina a autorização para interferência que neste trabalho se defende.

Qualquer atuação jurisdicional que viole, afronte ou ignore os primados constitucionais não pode ser admitida, vez que se afasta do fundamento de validade desta interferência: concretizar direitos fundamentais.

13. Assim como a definição de limites, a delimitação *ex ante* das situações em que o judiciário pode ou não intervir ou a forma como se dará tal intervenção não é possível. A solução será obtida a partir da análise concreto. O que se espera do juiz-intérprete é a assimilação do papel essencial que possuem para evitar que os direitos fundamentais sociais caiam na falácia de programas que estariam submetidos à conveniência e oportunidade do Estado para implementação. Ao judiciário é dado zelar pelo texto constitucional, pelos valores nele encartados e por tudo aquilo que torna a sociedade justa e, seus cidadãos, dignos.

Admitir a atuação jurisdicional em políticas públicas nas hipóteses de omissão estatal (total ou parcial) é materializar a força normativa da constituição, reafirmando a prevalência de seu texto e, conseqüentemente, do catálogo de direitos fundamentais sobre interesses governamentais ou políticos. Trata-se, em última análise, de consolidar as premissas de um Estado de Direito Democrático.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2004. 84-8164-507-9.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Parede: Principia, 2007. ISBN 978-8818-89-0.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012. ISBN 978-85-392-0073-3.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978-85-309-2797-4, p. 797-816.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – Parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. ISBN 978-85-75-25461-8.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07279-4.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 875-904.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 225-270. ISBN não informado.

BEDIN, Barbara. *A aplicação da análise econômica ao direito*. [Consult. em 11 fev. 2011.] Disponível em: <<https://www.conpendi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4215.pdf>>.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-675-5.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1.

BOBBITT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic Choices*. Nova Iorque: W W Norton & Company, 1978. ISBN 978-03-93-09085-7.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-597-4.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012a. ISBN 978-85-392-0133-4.

_____. *Ciência Política*. 19 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012b. ISBN 978-85-392-0135-8.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08129-1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11012-0.

BRAUNER, Arcênio. O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 597-624. ISBN não indicado.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 978-85-020-3535-5.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 541-595. ISBN não indicado.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. ISBN 950-508-350-5.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10368-7.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 7 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: RT, 2008. ISBN 978-85-203-3297-9.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. ISBN 978-85-88-27829-4.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano II, número 8, jul/set 2003, p. 151-161. ISBN não indicado.

COÊLHO, Livia Mendonça. A (re)dimensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro: considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões de mandado de injunção. In: *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 12, ano 95, out./jan. 2009/2010, p. 59-74. ISSN 1808-2807.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08145-1.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1789. [Consult. em 20 out 2012]. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007. ISBN 978-85-76-60161-6.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 459-473. ISBN não informado.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009. ISBN 978-85-203-3433-1, p. 118-136.

DOBROWLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. [Consult. em 25 abril 2012]. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>>.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN 978-85-7827-251-7.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Fundamentais. Do Discurso teórico à prática efetiva – Um olhar por meio da literatura*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007. ISBN 85-605-2003-1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1985. ISBN 84-1641.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral. In: *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978-85-309-2797-4, p. 711-746.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas ponderações. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 85-7348-673-2, p. 13-50.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18242-4.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN 978-85-73-87707-3.

GIACOMET JÚNIOR, Isalino Antonio. O Fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas e a Súmula Vinculante n.º 11 do STF. In: *Revista Criminal*, ano 04, vol. 12, set./dez. 2010, p. 99-127. ISSN 1982.3460.

GÖTTEMS, Claudinei J. (Coord.) A justiciabilidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: *Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira*. ISBN 978-85-992-860-6. Birigui: Boreal, 2008. p. 22-46.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010. [Consult. em 20 março 2013]. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoria Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. [Consult. em 19 março 2011]. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/22/13.pdf>>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN 85-282-0091-4.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional (textos selecionados)*. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08147-5.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *O Congresso das perguntas e o STF das respostas. CONJUR – Consultor Jurídico*. [Consult. em 11 março 2013]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/observatorio-constitucional-congresso-perguntas>>

stf-respostas>.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 978-85-7348-736-7.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). In: *Direito Público*, n.º 1, Jul-Ago-Set/2003. [Consult. em 10 janeiro 2013]. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/504/507>>.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo: Lumen Juris, 2010. ISBN 85-3750-345-2, p. 279-312.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. ISBN não indicado.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n.º 122, maio/jul 1994, p. 255-265. [Consult. em 20 janeiro 2013]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/182023/1/000159401.pdf>>.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005. ISBN 84-309-4099-5.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN 978-85-224-6303-9.

MATOS, André Salgado de. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*. Tomo I. 3 ed. Alfragide: Dom Quixote, 2008. ISBN 978-97-220-3879-9.

MAURICIO JR., Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. ISBN 978-85-7700-224-5.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, Delegação ou Estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 529-540. ISBN não informado.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 372-400. ISBN 978-85-203-3433-1.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13426-3.

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil. Interpretação na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2004. ISBN 85-361-0429-5.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. ISBN 972-32-1151-3.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4 ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1613-4.

MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 417-430. ISBN 978-85-203-3433-1.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A.7 (2010) - Número Especial, p. 51-83.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: *Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09091-0.

NETO, Maria Luísa Alves da Silva. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004. ISSN 1645-1430.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-664-3.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 978-97-2321-445-1.

_____. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010a. ISBN 978-972-32-1805-3.

_____. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010b. ISBN 972-32-1177-7.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 85-7348-673-2, p. 289-310.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O Congresso e o invencionismo hermenêutico do STF*. [Consult.

em 11 março 2013]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/diario-classe-parlamento-invencionismo-hermeneutico-stf>>.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 271-312. ISBN não informado.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7448-658-2.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13036-4.

PEDRAS, Cristiano da C. P. Villela. Alternativas Democráticas ao Crescente Ativismo Judicial no Brasil. In: *Revista do Ministério Público*, n. 44, abr./jun. 2012, p. 17-35. ISBN 1413-3873.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. ISBN 972-32-0373-1.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. São Paulo: IBRASA, 1965.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006a. ISBN 978-972032-1428-4.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra: 2006b. ISBN 978-972-32-1424-6.

_____. *Direitos Fundamentais – Teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1824-4.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08580-0.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. ISSN 85-7308-853-2. 5 (2005), p. 439-461.

RODRIGUES, Mádsen Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 371-388. ISBN 978-85-02-08316-5.

ROSSET, Patrícia. Reflexões Acerca do Neoconstitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 371-392. ISBN 978-85-309-2797-4.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. ISBN 978-85-203-3433-1, p. 213-253.

_____. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009. ISBN 978-85-203-3433-1, p. 9-49.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 553-586. ISBN não informado.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-891-6.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 23-50. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1495>. Acesso em: 15 dez 2012.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011a. ISBN 978-85-392-0031-3.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. ISBN 85-7348-673-2, p. 587-599.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08511-4.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 515-551.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11008-3.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11011-3.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 85-7348-673-2, p. 63-78.

ZANETTI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr/jun 2010.